

ESSAI SUR LA CONTRIBUTION DU DOYEN HAURIU AU DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement le 24 mars 1964

PAR

LUCIEN SFEZ

MEMBRES DU JURY :

Président de la thèse : M. J. RIVERO, Professeur

Suffragants { M. A. DE LAUBADERE, Professeur
M. A. HAURIU, Professeur

LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS

20, Rue Soufflot (V°)

P A R I S

—
1966



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552208_0070



ESSAI SUR LA CONTRIBUTION
DU DOYEN HAURIOU
AU DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS

*La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.*



ESSAI SUR LA CONTRIBUTION DU DOYEN HAURIU AU DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement le 24 mars 1964

PAR

LUCIEN SFEZ

MEMBRES DU JURY :

Président de la thèse : M. J. RIVERO, Professeur

Suffragants { M. A. DE LAUBADERE, Professeur
M. A. HAURIU, Professeur

LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS

20, Rue Soufflot (V°)

P A R I S

1966

Nous remercions Messieurs les Professeurs Jean Rivero et André Hauriou qui nous ont aidés de façon directe et décisive dans l'élaboration de cette thèse.

Nous remercions également nos maîtres de la Faculté de Droit de Paris qui nous ont accordé des entretiens très enrichissants et de nombreuses personnalités du Conseil qui nous ont exprimé de façon très utile le point de vue de la Haute Assemblée.

Nous remercions également Monsieur le Doyen Maury, Monsieur le Doyen Troabas et Monsieur le Professeur Hebraud qui ont bien voulu nous envoyer des textes très intéressants sur l'influence du Doyen Hauriou en droit privé et en droit fiscal (ces problèmes sont pour nous marginaux mais ces textes ont été très suggestifs).

Nous remercions enfin les héritiers de Jacques Chevalier et en particulier M. François Chevalier, Professeur à la Faculté des Lettres de Bordeaux, qui ont bien voulu nous permettre d'utiliser le texte de lettres de Maurice Hauriou à Jacques Chevalier.

Le droit administratif nous intéresse seul ici. Les contributions de Maurice Hauriou au droit constitutionnel ou au droit fiscal et au droit privé ne sont étudiées que de façon marginale et pour conforter l'étude de la contribution de Maurice Hauriou au droit administratif français.

INTRODUCTION

« Nous étions en 1881 ... quatre jeunes hommes sensiblement du même âge ayant les mêmes goûts, animés de la même ambition : Michoud, Hauriou, Duguit et moi-même.

« Michoud a été enlevé prématurément à la science laissant une œuvre remarquable où sa haute valeur s'est révélée. Duguit a illustré l'enseignement du droit constitutionnel par sa prestigieuse originalité. J'ai de mon mieux vulgarisé le droit administratif. D'Hauriou, on peut dire qu'il l'a créé. Entendons-nous bien, Messieurs; qu'il s'agisse du droit public ou du droit privé, on ne peut louer personne d'avoir inventé le droit. Le droit est le produit naturel des rapports des hommes et de leur continuité pacifique dans la vie des groupes sociaux. Mais on peut dire que celui-là crée la science du droit qui en découvre le plus exactement les origines lointaines, qui en aperçoit, qui en décèle et en analyse le mieux les causes subtiles et les ressorts cachés, qui justifie les décisions des juges, en signale l'orientation, en aperçoit les tendances et en fait comprendre les motifs. Et c'est en tout cela qu'excelle l'œuvre de toute la vie du Maître dont nous consacrons aujourd'hui la mémoire. »

(Allocution du Doyen Berthélémy à la cérémonie d'inauguration du monument élevé à Maurice Hauriou le 22 avril 1931, Plaque Sirey, p. 25).

« Ces analyses ont toujours quelque chose d'un peu factice : le mieux pour connaître la pensée d'un maître n'est-il pas de préférer aux commentaires de seconde main la lecture des œuvres elles-mêmes de l'écrivain ? »

Ainsi s'exprimait en 1929 M. le Professeur Waline dans un précieux article sur *« Les idées maîtresses de deux grands publicistes français : Duguit et Hauriou »* (1). Cette appréciation sévère qui condamne à la fois le fécond article dont elle est extraite et notre propre ouvrage est-elle vraiment justifiée ? Si elle l'était, la plume devrait immédiatement tomber des mains et le lecteur devrait s'engager directement dans l'œuvre de Maurice Hauriou. Nous ne croyons pourtant pas à la rigueur de cette affirmation. Et ceci pour plusieurs raisons.

En premier lieu, de même que le mouvement se prouve en marchant, nous voudrions croire que cet ouvrage prouvera de lui-même son utilité. Et s'il ne la prouvait pas, la responsabilité en incomberait exclusivement à son auteur qui a bénéficié d'une documentation très complète et d'une richesse insoupçonnée, de manuscrits inédits et plus généralement dans ses recherches d'un accueil toujours sympathique. Cette appréciation de M. Waline est d'ailleurs contestée par l'article même dont elle est extraite. La fécondité des analyses de M. Waline constitue la preuve la plus sûre de l'excessive rigueur de son affirmation.

Ensuite, on fera remarquer que la lecture de ces lignes ne dispense pas, au contraire, du contact immédiat et direct avec la pensée d'Hauriou. Toute l'ambition de notre ouvrage est de faciliter ce contact avec le grand Doyen de Toulouse. Il faut reconnaître l'évidence. Tant en licence qu'en doctorat, le commerce avec les œuvres d'Hauriou est de moins en moins fréquent, pour ne pas dire nul. Peut-être ces

(1) In *Année politique*, 1929, p. 386. Les intuitions de M. WALINE ont été fort nombreuses. Elles nous ont servi tout au long de cet ouvrage.

lignes favoriseront-elles un regain d'intérêt pour le théoricien de l'institution ? Même ceux qui le lisent encore sont quelquefois rebutés par l'obscurité de son langage, par les incertitudes de sa syntaxe, par l'évolution sans cesse décelable de sa pensée, si bien qu'ils finissent par le considérer à la limite comme un fou génial, un peu incohérent. Nous ne cachons pas, au contraire, que notre propos sera systématique. A travers les incohérences apparentes, nous croyons avoir pu dégager un système d'interprétation cohérent mais caché. La clef que nous proposons au lecteur lui permettra peut-être de mieux se diriger dans le maquis ou plus exactement dans la luxuriante forêt vierge que constitue la pensée d'Hauriou, en particulier sa pensée administrative.

La troisième raison s'élabore à partir d'une objection : « Et si votre clef était fausse ? Vous engageriez alors le lecteur dans des pistes fausses... » Il est facile de répondre ici sur deux points.

— D'abord, la clef que nous proposons ne constitue pas une simple supposition, mais semble étayée par les textes les plus divers, par les recoupements les plus apparemment imprévus.

— Ensuite, même si l'on se trompe, il vaut mieux une fausse clef que pas de clef. Il vaut mieux une interprétation erronée qu'une interprétation inexistante. Le philosophe Gaston Bachelard disait : « La science n'avance que sur des décombres ». Peut-être un jour, la thèse que nous proposons sera-t-elle ruines et décombres et une autre thèse pourra se substituer à elle en s'appuyant sur elle pour la nier ? Fidèles à la pensée de Maurice Hauriou, nous croyons à l'approche pluraliste du droit. Dans cette perspective, notre interprétation déjà très pluraliste pourrait encore se combiner avec une autre interprétation. Quoi qu'il en soit de ces multiples questions, une interprétation systématique — la première — de la pensée d'Hauriou paraît indispensable. Encore faudrait-il, il est vrai, qu'elle soit suggestive...

Pour qu'elle le soit, certaines difficultés doivent être surmontées, ce qui nous amènera à exposer en premier lieu les difficultés de la recherche (section I), à éliminer ensuite deux grands types de difficultés, les idées philosophico-constitutionnelles d'Hauriou qui colorent l'ensemble de son œuvre (section II) et l'insertion de l'auteur dans l'histoire du droit administratif antérieur de façon à ne pas imputer à l'auteur des découvertes déjà faites avant lui (section III). Enfin, on exposera quelques éléments de sa biographie qui ont pu avoir une influence sur sa pensée administrative, ce qui nous introduira plus directement au cœur de nos recherches (section IV).

SECTION I

LES DIFFICULTES DE LA RECHERCHE

On peut grouper ces difficultés sous deux rubriques :

- Les difficultés générales à toute étude d'une pensée.
- Les difficultés propres à la pensée de Hauriou.

PARAGRAPHE I

Les difficultés générales

On sera bref sur ce point sous peine d'élaborer un nouveau traité de logique que nous n'aurions aucune compétence pour construire. On se contentera d'une brève remarque : le danger général à toute étude d'un auteur semble résider dans la déformation. Il existe deux types de déformations :

- La déformation consciente.
- La déformation inconsciente.

— La déformation consciente consiste à interpréter abusivement la pensée d'un homme afin de la faire servir une entreprise étrangère. Ce type de déformation est assez fréquent dans le monde du journalisme ou de la politique mais peu fréquent dans le monde des chercheurs. S'il est rare, il n'est cependant pas inexistant et la déformation consciente est d'autant plus possible dans notre cas qu'il s'agit d'un auteur mort et donc dans l'incapacité de se défendre. On peut citer un exemple de déformation consciente, très lié d'ailleurs à notre thèse : M. Pascal Arrighi qui appartient pourtant par sa formation autant aux Facultés de Droit qu'au Conseil d'Etat a, semble-t-il, dans son article au Livre jubilaire du Conseil d'Etat (2) déformé nettement la pensée de l'auteur : il a en effet remplacé un mot (administrateur) par un autre (administration) ; il a de plus tronqué la fin de la phrase qui était pourtant exactement contraire à son interprétation. Tout ceci pour aboutir à la conclusion que la personne responsable serait désormais la personne morale dont l'administrateur est l'organe alors que Maurice Hauriou, dans sa note sous l'arrêt Fabrègues qui est ainsi « cité », entend exactement proposer le contraire, à savoir imputer à l'administrateur responsable et non à la personne morale tout retard abusif dans l'exécution de la chose jugée (3). Pourquoi cette déformation qui semble bien volontaire ? On n'avoue ne pas en avoir compris profondément la raison sinon peut-être le besoin de briller, à peu de frais, en songeant que personne n'irait un jour contrôler cette analyse... (4).

Il n'en reste pas moins que ce type de déformation est plutôt rare dans le monde de la recherche.

— La déformation inconsciente est, elle, beaucoup plus fréquente et beaucoup plus dangereuse parce que plus cachée.

(2) « Un commentateur des arrêts du Conseil d'Etat : Maurice HAURIU », p. 341.

(3) Note sous FABRÈGUES, S. 1911.III, p. 121.

(4) Sur cette « modification volontaire » voir 2^e partie, chapitre II, section II.

Elle semble avoir deux motifs fondamentaux :

Une certaine paresse intellectuelle qui conduit à se contenter d'idées reçues, de clichés. Il est bien confortable d'avoir à se reposer sur les idées d'autrui.

Mais la paresse intellectuelle, l'engourdissement ne sont pas seuls. Ils peuvent être accompagnés du défaut exactement opposé, l'enthousiasme pour une découverte. La jubilation du chercheur qui a découvert ou croit avoir découvert une nouveauté est certainement favorable à la recherche car elle stimule l'effort. Mais cette jubilation peut conduire à défendre à tout prix et pour toujours une thèse que l'on a un moment défendue, même si cette thèse apparaît fausse et surtout si elle apparaît fausse...

Nous avons tenté, tout au long de cet ouvrage, de saisir Hauriou dans sa complexité qui est grande (5). Il n'est pas certain que nous y soyons totalement parvenus.

Mais il existe d'autres difficultés propres à la pensée d'Hauriou.

PARAGRAPHE 2

Les difficultés propres à la pensée d'Hauriou

Ces difficultés sont nombreuses.

a) En premier lieu, le *langage d'Hauriou est souvent obscur*. Il invente des concepts; il les abandonne assez vite pour en utiliser d'autres qui recouvrent la même essence. Sa syntaxe n'est pas toujours parfaite. Il n'hésite pas à inventer des mots (par exemple « délinquer ») ou des couples de mots (par exemple « institutions-choses »).

b) Hauriou a toujours eu *un goût très prononcé pour l'actualité*. N'a-t-il pas dit avant sa mort à son fils André, en lui recommandant de poursuivre son œuvre « Toujours dans le sens du présent, dans le sens du réel ». Le résultat en est qu'il existe un certain déchet dans son œuvre. Pour ne prendre qu'un exemple, ses « Notes d'arrêts » qui sont encore les plus lues de ses œuvres sont plus ou moins intéressantes. On peut en dégager trois types :

— les unes sont très liées à l'actualité et sans véritable intérêt scientifique (par exemple le problème des gardes champêtres) ;

(5) Comme exemple de notre approche pluraliste d'Hauriou, on peut citer la première partie relative au contenu de la pensée administrative de notre auteur qui a été traitée de façon très évolutive en montrant sans cesse les différences dans le temps de la pensée d'Hauriou (en particulier, chapitre II). On peut citer également la deuxième partie où l'on distingue deux caractéristiques de la démarche d'Hauriou, une caractéristique majeure (le système d'interprétation cohérent) et une caractéristique mineure (l'intuition). Ces deux caractéristiques ne s'excluent nullement mais sont admises dans leur coexistence étant entendu que, dans l'équilibre ainsi dégagé, c'est le système d'interprétation cohérent qui paraît dominer sans pour autant annuler l'intuition qui demeure très importante.

— les autres sont très liées à l'actualité, mais ont un intérêt scientifique sinon dans le droit administratif contemporain, du moins dans la formation du droit administratif de son temps (par exemple l'élargissement des conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir) ;

— d'autres enfin posent des problèmes encore très importants à l'époque contemporaine. Leur intérêt scientifique actuel est évident (par exemple la théorie de la cause).

Mais les trois types peuvent se combiner avec une autre classification. La plupart des notes sont rédigées avec talent et un appareil scientifique rigoureux puisque Maurice Hauriou mettait quelquefois deux ou trois ans pour rédiger une note se réservant ainsi de la méditer longuement. Mais d'autres sont manifestement écrites à la hâte (Le professeur André Hauriou nous a dit lui en avoir vu faire en une heure). Un exemple parmi d'autres peut en être donné de la note sous l'arrêt Chivot (6).

Tout ceci explique que *toutes les notes d'arrêts n'ont pas été ici citées ni commentées*. Seules les notes d'arrêts les plus intéressantes ont été dégagées. Un double critère a permis de les sélectionner. Les notes d'arrêts retenues l'ont été soit à raison de leur importance dans la formation du droit administratif, soit à raison de leur utilité actuelle. Mais la sélection n'a pas toujours été facile. De plus, toutes les matières du droit administratif n'ont pas été systématiquement étudiées dans la mesure où l'auteur n'a pas été original en toutes matières. Certaines matières ont été écartées car leur auteur les intégrant à ses Traités de droit constitutionnel, les analysait sous un angle exclusivement constitutionnel et philosophique. Ainsi les libertés publiques sont analysées par Hauriou comme des droits de résistance à l'oppression purement constitutionnels avec quelques dérisoires allusions administratives et contentieuses (7). On a donc écarté cette matière et d'autres pour cette raison.

c) Une autre difficulté réside dans la méthode particulière d'Hauriou. *Lorsqu'il était en présence d'une idée, il voulait la soumettre à l'épreuve intellectuelle*. « De là des aperçus qui ne sont qu'un coup de sonde expérimental... qui ont été lancés pour observer la réaction du lecteur ; c'est entrer dans son jeu et répondre à son dessein que de glisser lorsque d'emblée ils ne jouent pas ; rien en cela ne compromet la solidité fondamentale qui sort de l'épreuve épurée et, en revanche, quelle impulsion ne reçoit-on pas souvent de ces illuminations rapides de perspectives parmi lesquelles on sent soudain s'ouvrir la voie que l'on cherchait et dans laquelle on avancera » (8).

(6) C.E., 8 août 1892, S. 1894.III, p. 73, notes d'arrêts III, p. 331.

(7) Voir Précis de droit constitutionnel, 2^e édition, p. 638 et suiv.

(8) Cette belle citation est extraite d'un texte d'une conférence que M. le Professeur HÉBRAUD a prononcée devant des agrégatifs. Ce texte inédit nous a été très aimablement prêté par son auteur. Nous l'en remercions vivement.

C'est entrer dans son jeu, nous dit H. Hébraud, que de glisser... Mais encore faut-il connaître à l'avance ce jeu ce qui n'est pas toujours le cas (8 bis). C'est une source de difficultés supplémentaires.

d) *Il a beaucoup écrit.* C'est un auteur très prolix qui gardait peu pour lui ses réflexions scientifiques. Le résultat en est une prolifération d'œuvres de différentes dimensions, de différentes qualités, dans des directions souvent très différentes encore : Philosophie du droit, droit public général, droit constitutionnel, droit administratif, histoire du droit, droit romain, sociologie générale, philosophie générale, droit privé. Tout ceci pêle-mêle tout au long des années de sa carrière. Si l'on décide de trancher chirurgicalement sous prétexte que la recherche porte sur le droit administratif, on se donnera le sentiment d'une certaine rigueur. Mais, en réalité, on se condamnera au flou, à l'incertain, à l'imprécis. Scientifiquement d'ailleurs, le seul moyen de savoir si sa pensée administrative est effectivement floue et incertaine, comme d'aucuns le prétendent, c'est de l'insérer dans le courant très vaste de l'ensemble de son œuvre. Ce à quoi nous procéderons dans la section II.

e) Au surplus, cette période est déjà lointaine aux yeux d'un chercheur de 1964 et un défaut d'optique pourrait imputer à Hauriou des éléments de son œuvre qui sont en fait imputables à ses devanciers. On tentera de résoudre cette difficulté en esquisant une histoire du droit administratif antérieure à notre auteur (section III).

On envisagera donc successivement les idées philosophico-constitutionnelles de l'auteur (section II) et l'histoire du droit administratif antérieur (section III).

SECTION II

LES IDEES PHILOSOPHIQUES ET CONSTITUTIONNELLES D'HAURIOU

On se condamne à ne rien comprendre à Maurice Hauriou dans son œuvre administrative comme dans le reste de son œuvre si l'on oublie ou feint d'oublier au nom d'un positivisme très sommaire qu'il est avant *tout chrétien, très croyant et très pratiquant.*

(8 bis) Hauriou avait une croyance profonde en l'autonomie des idées « ces mères de Dieu ». Il lançait donc en circulation des idées-enfants afin qu'elles lui reviennent un jour adultes, burinées, façonnées et enrichies par leur passage dans « le royaume des idées » conformément à la vieille thèse platonicienne.

(8 ter) Par le qualificatif « très sommaire » nous écartons évidemment un positivisme aussi enrichissant que celui de M. le Professeur Marcel Waline que nous croyons situé après M. le Doyen Vedel (Cours de libertés publiques, 1951-1952, p. 84) aux confins du positivisme et du droit naturel.

Ses lettres au philosophe Jacques Chevalier le prouvent très aisément.

Dans sa lettre du 14 juin 1923, il affirme que la théorie de l'institution qui « a été la grande affaire de ma vie » est au fond liée à l'idée de Dieu. Il pense que c'est tout ce que l'on peut opposer à l'Ecole de Durkheim « Etant donné que, dans la société, il y a quelque chose de plus que les hommes qui la composent, il faut que ce quelque chose soit ou bien la conscience collective ou bien l'idée objective conçue par les consciences individuelles mais qui les dépasse... Sans doute notre âme est-elle faite de beaucoup de petites vies coordonnées par l'idée centrale et par le gouvernement de quelque vie plus énergique que les autres ».

Dans sa lettre du 27 août 1923, il affirme « Nous, âmes humaines, d'où venons-nous et où retournons-nous après avoir été plongés pendant un peu de temps dans le phénomène ? Nous venons de la surnature et ainsi toute la civilisation que nous créons en vient aussi ».

Dans sa lettre du 12 janvier 1924, Hauriou compare Descartes à Pascal et condamne le premier pour avoir rompu « avec quelque imprudence » la dépendance de la philosophie à l'égard de la révélation. « Ce que je crois c'est que Descartes l'a fait (a rompu la dépendance) avec quelque imprudence et en homme qui non seulement n'a pas une très grande humilité chrétienne mais qui n'a même pas une grande régularité de mœurs... Il y a aussi dans les « Pensées » bien des idées qui pourraient être tirées en des sens contraires, mais je ne crois pas cependant qu'on en puisse tirer rien de dangereux ni de révolutionnaire à cause de l'enveloppement moral du tout ».

Dans sa lettre du 16 décembre 1924, décidément obsédé par le mal qu'a pu faire Descartes, il affirme « Si au lieu du : je pense, donc je suis, il avait dit je pense et je pense Dieu, donc Dieu est, donc je suis, son intention... eût été mieux comprise ». Dans cette même lettre, formulant ses souhaits à Jacques Chevalier, il le remercie de ses souhaits « de nouvelle année en Dieu et c'est ainsi seulement qu'ils ont un sens ».

Les exemples pourraient être multipliés. Il est incontestable que c'est un grand croyant animé par la chaleur de sa vie spirituelle.

Cependant, son christianisme transparaît mal dans son œuvre. On peut le deviner à travers certaines notes d'arrêts ou à travers quelques développements, mais il n'est pas franchement apparent (9). Quelle explication peut-on donner de ce phénomène ?

L'explication nous est fournie par Hauriou lui-même. Dans sa première lettre à Jacques Chevalier du 27 avril 1921, après avoir affirmé que tout venait de la surnature, il ajoute « Mais je tiens à vous expliquer mon état d'esprit. J'ai constaté depuis longtemps que dans les sciences sociales l'argument métaphysique ne porte plus et qu'on est obligé de le reléguer.

(9) Voir sur ce point, première partie, chapitre I, section II, paragraphe 3.

« Ainsi dites à un auditoire que le pouvoir vient de Dieu et vous le trouverez de glace; dites-lui qu'il appartient à une élite sociale et vous l'intéresserez.

« Au fond, c'est la même chose; dans l'élite sociale, à supposer que ce ne soit pas une aristocratie de classe, le pouvoir est un don individuel que l'enfant apporte en naissant, donc c'est un don de Dieu.

« Mais il ne faut pas le dire, il faut reculer les bornes de la connaissance positive jusqu'à la dernière limite possible. Dans l'exemple du pouvoir, jusqu'à la limite du fait positif de l'élite. Et puis s'arrêter. »

On aperçoit immédiatement au seuil de cette étude toute la part de « tactique » des positions scientifiques d'Hauriou et ceci se vérifiera au niveau d'un très grand nombre d'analyses partielles qui doivent, selon lui, être au service d'une mission qui les dépasse et non de leur propre cohérence interne. Cette « tactique » générale d'Hauriou constitue un premier et fondamental exemple « d'attitude fonctionnelle ».

On pourrait cependant remarquer qu'il est contradictoire d'affirmer en même temps que Maurice Hauriou ne peut se comprendre sans référence à ses idées chrétiennes et que les thèmes chrétiens apparaissent très peu dans son œuvre. Cette remarque ne serait pas pertinente : qu'ils apparaissent peu n'implique pas qu'ils n'existent point. Ainsi qu'on va le voir, le thème de l'équilibre en mouvement, qui est le thème fondamental de l'œuvre entière, en particulier en droit administratif (au point de vue du contenu de la pensée comme au point de vue des méthodes) est fortement lié à des présupposés religieux et métaphysiques. De la religion et de la philosophie au thème de l'équilibre instrument de la paix sociale, du thème de l'équilibre aux théories partielles de Maurice Hauriou, il existe une ligne continue qu'il est vain de vouloir briser.

On a pris l'habitude de connaître Hauriou par ses notes de jurisprudence et quelques analyses de ses Précis de droit administratif. Il était inévitable qu'on en tire une impression de luxuriance, de désordre et à la limite de folie géniale. Dans cette perspective, on aime à opposer l'incohérence pénétrante et prophétique d'Hauriou à la cohérence systématique de Duguit (10). Cette opposition nous semble fausse. Ainsi qu'on tentera de le démontrer (11), la part de l'intuition désordonnée et prophétique est importante, mais la part de la cohé-

(10) MM. WALINE (Année politique, mars 1928), RIVERO (article in les Mélanges Mestre, p. 561), Pascal ARRIGHI (dans le livre jubilaire du Conseil d'Etat, p. 449), FOURNIER (dans Etudes et documents, 1957, p. 145), EISENMANN (Revue philosophique, 1930, p. 286) vont tous dans le même sens. « Pensée en désordre », « pensée en mouvement », « renouvellement constant », « incohérence ». C'est partiellement vrai dans quelques analyses. Mais la répétition même de ces opinions finit par fausser la réalité. Au delà de ces incohérences qui constituent la couche superficielle de la pensée d'Hauriou, existent des lignes, des thèmes, des masses cohérentes, continues. Le thème de l'équilibre en est la clef.

(11) Deuxième partie de cet ouvrage *in globo*.

rence, de la continuité et de la coordination est plus importante encore quoique plus cachée.

Il semble que, de tous les auteurs qui aient un peu ou beaucoup écrit ou parlé d'Hauriou, *celui qui a le mieux senti la cohérence du Doyen de Toulouse est le professeur Mestre*. Ce Maître, dont le privilège fut de vivre des années durant à Toulouse à côté de son collègue ancien Maître et ami qui l'avait profondément marqué, a affirmé « A ceux qui louaient ses notes de jurisprudence au Sirey, tout en manifestant quelque inquiétude à l'égard de ses conceptions générales, il se contentait d'opposer le dédain tranquille et profond de son ironie silencieuse. Il est bien remarquable que ces deux grands publicistes (Duguit et Hauriou) partis des conceptions les plus dissemblables soient d'accord sur ce point essentiel qu'une œuvre juridique ne prend sa valeur que si elle s'appuie sur des vérités d'un ordre qui dépasse la pure technique. La doctrine de la règle de droit, de la réaction sociale et de l'acte juridique s'appuie chez Duguit sur une philosophie moniste; toute l'œuvre d'Hauriou est établie sur un dualisme fondamental qu'il ramène à l'opposition irréductible de la matière et de la forme » (12). C'est sur ces paroles d'un maître illustre qui convergent directement dans le sens de nos analyses que nous pouvons maintenant aborder les idées philosophiques et religieuses du Doyen de Toulouse qui colorent toute son œuvre jusque dans ses théories les plus techniques.

On étudiera successivement :

- l'universelle contradiction (§ 1),
- les solutions des contradictions (§ 2),
- la solution par excellence (§ 3),
- les conséquences en droit public général (§ 4),
- les conséquences en droit constitutionnel (§ 5).

Le thème de l'équilibre que nous retrouverons dans tous les développements de cet ouvrage est déjà nettement sous-jacent dans les paragraphes qui vont suivre.

PARAGRAPHE I

L'universelle contradiction.

Selon le Doyen Hauriou, la matière sociale se forme et vit au milieu des contradictions « La contradiction est partout dans les êtres, dans les choses, dans les faits » (13).

A. — *La contradiction est dans l'homme*. « L'homme est un être conscient, mais il a un inconvénient formidable ». Quand une idée,

(12) Fête du VII^e centenaire de l'Université de Toulouse, séance solennelle de la Faculté de Droit, 8 juin 1929, brochure Sirey, p. 25.

(13) La science sociale traditionnelle, p. 84.

un sentiment apparaissent nettement pour la première fois dans la conscience, le plus souvent, ils viennent de l'inconscient.

Il y a d'ailleurs une seconde contradiction dans l'homme. C'est qu'il a à la fois une âme et un corps. Il est esprit et matière. « Quelque système philosophique que l'on professe, que l'on veuille ou non ramener toute existence à l'unité sur le terrain des faits, l'esprit et le corps de l'homme constituent un dualisme contradictoire. Les faits psychiques sont l'antithèse des faits physiques et biologiques » (14).

Hauriou pense même combiner ces deux types de contradictions en estimant qu'il existe un lien entre la contradiction du corps et de l'esprit et celle du conscient et de l'inconscient, en ce sens que le corps renfermerait en ses diverses parties des éléments psychiques qui n'étant pas reliés suffisamment aux centres du cerveau n'arriveraient que difficilement et par intervalles à la conscience ! (15). Si de plus, on pénètre dans le moi conscient de l'homme, on y trouve encore une contradiction. Hauriou distribue les énergies psychiques envisagées, au point de vue social, en trois groupes : *le désir, la croyance, la volonté*. Toutes les opérations de l'esprit, tous les jugements impliquent la participation de ces trois éléments. Au point de vue social, le plus important de ces éléments de l'esprit est la volonté parce que c'est celui sur lequel pratiquement on peut agir.

Or cette doctrine trinitaire des modes d'activités de l'esprit en tant qu'ils intéressent la société est essentiellement traditionnelle. « Le désir, la croyance, la volonté, cela correspond à l'Etre, au Verbe, à l'Esprit de la Trinité chrétienne. Le désir correspond à l'Etre, autant que ce qui devient peut correspondre à ce qui est; la croyance au Verbe, autant que ce qui croit peut correspondre à ce qui soit; la volonté à l'esprit d'amour autant que ce qui s'efforce peut correspondre à ce qui opère » (16).

Mais le Doyen Hauriou constate qu'il existe une analogie laïque : « Le pouvoir exécutif représente l'Etre même de l'Etat; le pouvoir législatif en est la pensée exprimée en loi; le pouvoir judiciaire, s'il comprend bien sa mission, est une volonté sociale toujours présente, chargée d'harmoniser la loi dans toutes ses applications avec la constitution de l'Etat » (17).

Or, dans chacun de ces éléments et dans chacun de ces assemblages, il y a contradiction : « Dans le désir gît la contradiction insoluble de l'être et du devenir qui fait le mystère du monde; dans la

(14) Ouvrage précité, p. 85.

(15) Cette explication nous semble amusante mais fausse. Comment expliquer le rôle sélectif de la mémoire, le fait qu'on se souvient de certaines choses, à l'exclusion d'autres et que certains oublis sont parfaitement significatifs. Visiblement Hauriou ne connaît pas Freud en 1896. Il le connaîtra plus tard (voir note sous l'arrêt Esquieu, 20 janvier 1928, S. 1928.III, p. 49, notes d'arrêts III, p. 772). L'explication qu'il donne est parfaitement mécaniste et correspond à sa jeune pensée de 1896.

(16) Ouvrage précité, p. 87.

(17) Ouvrage précité, p. 88.

croissance, la contradiction entre l'affirmation et la négation; dans la volonté, la contradiction de la défaillance ce qui engendre conflit des désirs, conflit des croyances, conflit des volontés » (18).

B. — *Mais la contradiction que l'homme porte en lui se projette en dehors de lui et pèse sur le milieu social.*

Les êtres, les choses, les objets présentent toujours quelques ressemblances avec l'homme mais aussi quelques différences. Les différences sont sources interminables de conflits, de luttes individuelles et de guerres de races; les similitudes sont source d'harmonie.

Cela se complique par les similitudes et les différences de l'homme et de la femme. « Chez l'homme la croyance ou connaissance domine; il a toutes les supériorités de l'entendement, surtout l'imagination ou invention; de lui procèdent toutes les conceptions religieuses, métaphysiques ou positives. La femme n'est pas inventive. Cela est bien clair pour la métaphysique et pour l'usage de la raison : la femme n'est pas un animal métaphysique; elle n'est pas raisonnable; partant, elle n'est pas juste, elle n'a pas le sens du droit... On définirait volontier la femme « un homme qui veut être ». Et de fait, la femme a-t-elle une autre raison d'être que de réaliser l'homme ? » (19).

Il y a dès lors deux impossibilités pour deux natures irréductibles l'une à l'autre de se comprendre tout à fait et cependant impossibilité de se passer l'une de l'autre.

De plus dans le milieu moins immédiat du monde physique, les contradictions les plus brutales guettent encore la société. Les alternatives des climats et des saisons, le froid et le chaud, le sec et l'humide, le salubre et l'insalubre, etc. Parmi ces contradictions, on peut faire une place particulière aux problèmes posés par la contradiction entre le paupérisme et la propriété qui force les empires à avoir des frontières « à se toucher, à se coudoyer, à guerroyer ».

C. — Il existe enfin une troisième contradiction dans les procédés par lesquels l'homme prend connaissance du milieu et de lui-même, par conséquent entre en relation avec le monde. Il y a selon Hauriou, trois modes de connaissance, trois catégories de conception de l'homme sur l'ensemble des choses : les conceptions religieuses, les conceptions métaphysiques ou abstraites, les conceptions positives (20).

« Or que de contradictions, soit à l'intérieur de chacun de ces systèmes de conceptions, soit d'un système à l'autre » (21).

(18) *Opus cité*, p. 89.

(19) Ouvrage précité, p. 89. Hauriou aurait été horrifié à la lecture du « Deuxième sexe » de Simone de BEAUVOIR. Il faut reconnaître que sa pensée rend ici un son très conservateur et dépassé. Mais il ne faut pas oublier qu'il lie cette conception aux enseignements traditionnels et symboliques du dogme. C'est par la femme que se réalisent la chute et la rédemption (voir p. 90).

(20) Sur ce point Maurice Hauriou ne fait que reprendre consciemment la classification d'Auguste Comte. En effet, les premiers temps de sa pensée sont influencés fortement par cet auteur.

(21) Ouvrage précité, p. 94.

Dans une même religion, les dogmes se contrarient et leur conciliation constitue un mystère. En métaphysique il existe des contradictions insolubles comme celle de l'être et le devenir dans l'hypothèse panthéiste ou de la préscience divine et de la liberté.

Dans la science positive, il y a contradiction entre les axiomes indémonstrables dont il faut partir et les procédés rigoureux de démonstration qu'on applique ensuite.

« Mais ce n'est rien au prix des contradictions de la religion d'une part, de la métaphysique de la science positive de l'autre, l'une affirmant la révélation, les autres le néant » (22).

D. — Mais ces contradictions peuvent être finalement considérées comme de peu d'importance puisque « après tout la société vit et progresse ». Il faut donc croire que les contradictions sont vaincues et surmontées. Mais Maurice Hauriou estime que deux constatations inquiétantes subsistent : la première est que la conception du progrès est par elle-même en contradiction avec l'évolution générale. La seconde est que l'idéal du progrès social est affaibli lui-même par une contradiction intime.

1. — La contradiction du progrès et de l'évolution se conçoit aisément. Le progrès apparaît pratiquement sous la forme d'un idéal social; or l'idéal implique concept de l'homme ou de la société « et comme tout concept est limité, il tend à restreindre la variabilité évolutive de l'espèce humaine en renforçant le type humain » (23).

Le progrès ne conçoit la variabilité de l'espèce humaine que dans les limites du type rationnel de l'homme ou de la société. Tandis que l'évolution pousse l'homme indéfiniment et, si elle était seule, le ferait sortir de l'humanité... » (24).

C'est par les types qui ont une vertu de fixation que le progrès limite l'évolution. Hauriou cite les types de beauté créés par la peinture ou la sculpture, extraits par l'artiste de la beauté ambiante mais transformés par lui, exerçant à leur tour une longue influence sur cette même réalité (beauté grecque, romaine, italienne du *quattro cento*, flamande, française du XVIII^e siècle, etc.). Sur le plan intellectuel et moral, l'influence des types est plus saisissable encore : certains types créés par la littérature « ont eu une influence prodigieuse; rien que dans notre siècle Goethe, Byron, Stendhal, Balzac sont responsables de quantités d'existence.

D'ailleurs en même temps que le type fixe des caractères, il en provoque de nouveaux; il est agent de variabilité. Mais Hauriou remarque qu'en vertu de sa propre nature de concept général et abstrait, le type ne peut agir que dans le sens de la généralisation et de

(22) Ouvrage précité, p. 94.

(23) Ouvrage précité, p. 96. Il semble que l'auteur veuille dire par là que le concept tranche arbitrairement dans la continuité de l'évolution humaine. Mais il faut avouer qu'il n'est pas très clair.

(24) Ouvrage précité, p. 97.

l'abstraction, c'est-à-dire ne peut que pousser les hommes vers l'égalité et la ressemblance, loin de les pousser dans la variété.

Si le progrès limite l'évolution, celle-ci à son tour limite le progrès car, combattue par le progrès, elle conserve en elle-même assez de puissance pour le limiter à son tour et déjouer constamment les combinaisons d'équilibre et d'égalité absolue du progrès, de sorte que c'est une lutte et une contradiction constante » (26). L'évolution est là qui modifie les conditions de la vie, provoque des rapprochements de peuples, des invasions à main armée et qui rend instable le milieu social que le progrès voudrait fixer.

2. — Déjà contredit par l'évolution, le progrès apparaît donc comme une chose fragile. Il apparaît d'autant plus fragile si l'on observe ses propres contradictions.

Il n'y a eu pendant longtemps en présence que les deux formes de justice antagonistes, d'une part, le droit individualiste fondé sur le sentiment individuel du tort causé, à tendances égalitaires et, d'autre part, le droit réglementaire fondé sur l'intérêt social, sur le sentiment d'une certaine harmonie dans la collectivité aboutissant fréquemment à des inégalités sociales. Puis les systèmes sociaux se sont constitués. L'individualisme considéra l'individu comme le principe de tout l'état social; sa raison étant susceptible de progrès indéfinis, sa moralité devait suivre naturellement les progrès de la raison, la seule cause du mal étant l'ignorance.

Sous les noms variés de communisme, de socialisme, de collectivisme, le système socialiste s'est constitué. Sans doute l'idée existait-elle depuis « la République » de Platon, « l'Utopie » de Thomas More et « la République de Salente » de Fénelon mais la Révolution de 1789 lui a donné un nouvel essor : « L'individu est désormais frappé dans le capital qui est sa force à l'époque moderne, le capital sous toutes ses formes est donné à la collectivité et avec lui, tout le pouvoir et toute la direction » (27).

Or la contradiction des deux systèmes est irréductible. Les « orthodoxes » déclarent que l'Etat doit être réduit à son rôle de gendarme; les collectivistes répudient dédaigneusement le droit bourgeois, la justice bourgeoise qui n'est autre que la justice individualiste.

Qu'il s'agisse de Pascal ou de Montaigne qui ont senti « l'universelle contradiction », Hegel et Proudhon (28) qui ont posé encore cette même idée de contradiction la thèse, l'antithèse et la synthèse, toutes les grandes philosophies ont, selon Hauriou, popularisé l'idée de lutte.

Ainsi la contradiction et la lutte paraissent être au cœur de la vie sociale. Comment la résoudre ?

(25) Ouvrage précité, p. 98.

(26) Ouvrage précité, p. 103.

(27) Ouvrage précité, p. 103.

(28) PROUDHON dans son « Système des contradictions économiques », chapitre 14.

PARAGRAPHE 2

Les solutions des contradictions.

La vie sociale est faite de solutions trouvées aux contradictions. « C'est par là que la société est le lien des conciliations entre l'individualité et le groupe » (29). Mais avant de procéder à la conciliation, il convient bien de situer quelles sont les préférences d'Hauriou. On a découvert dans sa correspondance une lettre d'Hauriou à un rédacteur en chef inconnu à une époque inconnue. Il convient de la rappeler ici et d'en peser les termes :

26 juin

« Monsieur le rédacteur en chef,

« Dans un article que vous voulez bien me consacrer et où vous me qualifiez de « socialiste sans le vouloir et sans le savoir », il vous paraît que le pessimisme de mes réflexions sur les alternatives de la guerre et de la paix dans l'humanité me conduit au socialisme parce qu'elles sont la condamnation de la société actuelle. Croyez bien que mon pessimisme s'étend jusqu'à la société socialiste de demain que vous rêvez de substituer à la société actuelle. Outre que je ne crois pas qu'elle puisse subsister, elle (engendre) la violence. Je suis donc d'un pessimisme qui englobe le socialisme comme le capitalisme avec cette conviction que le mal n'est pas seulement dans les institutions mais qu'il est dans l'homme et qu'il vicie successivement toutes les institutions. C'est l'homme qu'il faudrait réformer par un effort d'éducation morale. C'est l'une des tâches des juristes et elle n'est pas d'une petite importance. »

« Croyez à mes meilleurs sentiments. »

« Maurice HAURIOU »

Hauriou très croyant ne pouvait qu'être hostile au totalitarisme du marxisme-léninisme. Le marxisme qui s'est aujourd'hui certainement assoupli se présentait au début du xx^e siècle de façon très rigide; on oserait dire « en tenue de combat » (30).

Hauriou dans son individualisme chrétien ne pouvait qu'être choqué par ces doctrines socialistes dont l'objet lui semblait se définir par la formule « Tout à la collectivité ».

Mais en même temps, c'était un visionnaire qui savait qu'un jour « on nous changerait notre Etat » (31). Il affirme même vingt-neuf

(29) Ouvrage précité, p. 107.

(30) Il semble qu'une doctrine pour vaincre ne puisse au départ s'assouplir sous peine de perdre de ses vertus combatives.

(31) Note sous Canal de Gignac, T.C., 9 décembre 1899, S. 1900.III, p. 49, notes d'arrêts, p. 413.

ans plus tard, en 1928, dans une lettre à Jacques Chevalier : « Après vous, c'est aux Anglais que je dois le plus. Ils ont conservé bien mieux que nous de « chères vieilles choses » classiques en ce qui concerne l'individualisme. *Ils évolueront comme nous vers un régime administratif socialisant*; c'est forcé, mais pour le moment, ils ont une conception du règne de la loi et de la légitimité des principes individualistes qui est une pure merveille. La légitimité, tenez, voilà la grande continuité vers laquelle tend le droit » (lettre n° 29 du 13 mai 1928).

Individualisme certes, mais pressentiment des temps nouveaux et donc inévitable conciliation du régime administratif socialisant avec les valeurs individualistes et de la civilisation occidentale qui sont pour lui les valeurs chrétiennes. Le socialisme tempéré par les valeurs chrétiennes et occidentales : voilà l'avenir selon Hauriou (32).

Comment préparer cet avenir ? En préparant les esprits à une vaste conciliation qui permettra de réaliser le juste équilibre, thème fondamental d'Hauriou que l'on retrouve dans toutes ses analyses et particulièrement dans ses analyses de droit administratif.

Or c'est la société qui est le lien des conciliations entre l'individualité et le groupe.

Hauriou constate donc d'abord que la société est le lien où se résolvent les contradictions de l'homme; ensuite que les idées, même de besoin et de réforme inhérentes au mouvement social, impliquent solution des contradictions; enfin que les institutions sociales sont bien des garanties contre la contradiction.

— La matière sociale est le lien où se révèlent les contradictions fondamentales de l'homme. D'abord la contradiction entre le conscient et l'inconscient. Si l'homme était seul, aucune communication ne serait possible entre sa conscience et son inconscience. « La communication ne peut être établie que par l'intermédiaire d'autrui » (33).

— En second lieu, la contradiction entre l'individu et l'espèce « est absorbée » par la société. Bien différent est à cet égard l'animal qui renferme en lui les similitudes de son espèce, qui ne peut pas s'en décharger sur une société organisée et dont l'individualité est opprimée (34).

Les idées de besoin et de réforme accompagnent la vie sociale.

Or dans tout besoin gît une contradiction. Elle se résume en ceci qu'il faudrait à l'homme telle chose et elle manque ou risque de lui manquer.

(32) Il semble que l'auteur ait ici senti plusieurs décades à l'avance le problème du socialisme à l'occidentale des années 1970. Le « socialisme humaniste » de M. André HAURIU nous semble tout à fait dans cette ligne. André Hauriou est peut-être beaucoup plus proche du Doyen Hauriou qu'il ne le croit.

(33) Ouvrage précité, p. 167. En fait on ne comprend pas très bien comment autrui ouvre la jonction du conscient et de l'inconscient. Hauriou est très elliptique sur ce point.

(34) Tout ceci est encore vague et non démontré.

L'idée de réforme est tout à fait dans le même cas. La réforme n'est mûre et réalisable que lorsque la contradiction est vivement sentie par l'opinion, « lorsque ce qui devrait être d'après l'idéal de justice ou l'idéal d'une bonne administration est suffisamment connu et voulu de tous » (35).

— Enfin toutes les institutions sociales sont solution de contradictions ou garantie contre les contradictions.

La société tout entière est une vaste garantie contre les contradictions. Par exemple, le droit est une garantie contre les contradictions des intérêts et des prétentions; la science contre les contradictions du spectacle des phénomènes; la morale contre les contradictions de la conduite.

Selon Hauriou, l'idéal entrevu par Proudhon serait une mutualité universelle, une assurance contre tous les accidents, tous les risques, toutes les contradictions de la vie, créée sans intermédiaire par la seule organisation de la société. Mais, cet idéal est irréalisable parce que la vie sociale a besoin de la contradiction » (36).

Dès lors, quelles solutions peut-on trouver ? *Il n'existe pas de solution unique et définitive, il n'existe que des solutions successives et partielles comme les contradictions elles-mêmes.* D'ailleurs, les solutions elles-mêmes engendrent de nouvelles contradictions. Hauriou donne l'exemple du feu initialement fugitif et désormais emprisonné dans les allumettes qui satisfait donc le besoin de chaleur, mais la contradiction naît aussitôt. C'est le risque d'incendie. *C'est par là que la vie sociale n'est jamais statique. Elle est en mouvement constant.* « Supposer un état social définitif dans lequel toutes les contradictions seraient résolues, c'est supposer la vie sociale à l'état statique, ce qui est impossible. C'est pourtant de cette impossibilité qu'est fait l'idéal du socialisme intégral qui est une conception essentiellement statique » (37).

Si toutes les solutions sont successives comme les contradictions elles-mêmes, il ne faut pas en déduire qu'elles sont variables à l'infini. En fait Hauriou croit devoir en dégager trois types : *élimination, synthèse, transaction.*

(35) Ouvrage précité, p. 108. C'est une idée très marxiste. Ce n'est que lorsque les contradictions éclatent aux yeux de tous que la réforme est proche. Marx a déjà dit « L'humanité ne se pose que les problèmes qu'elle peut résoudre ». Dans le même sens, Engels dans l'Anti-Dühring.

(36) Ouvrage précité, p. 110.

(37) Ouvrage précité, p. 110. Cette dernière citation semble confirmer une hypothèse précédente. Hauriou qui n'était certainement pas homme de gauche n'était pas non plus homme de droite. Son hostilité au socialisme s'explique en raison du caractère sommaire des doctrines socialistes de la fin du siècle dernier. On considérerait par exemple qu'au stade du communisme toutes les contradictions seraient résolues dans une humanité universelle. Aujourd'hui, on commence à estimer de plus en plus que même dans le sein d'une société pleinement socialiste, de nombreuses et nouvelles contradictions surgiront (par exemple, Gilles MARTINET, « Le marxisme de notre temps », 1963. Hauriou aurait approuvé ce point de vue. « Le mal est dans l'homme », disait-il (Lettre précitée au rédacteur en chef).

1) *Elimination* : c'est le procédé marquant en histoire naturelle. Lorsque deux espèces animales ou végétales sont en conflit parce que toutes deux ont besoin de la même nourriture ou du même habitat, l'espèce la plus forte chasse l'espèce la plus faible.

De même, des espèces humaines disparaissent. De même, des religions, des systèmes d'idées. *Hauriou cite, à cet égard, le sociologue Tarde qui a démontré les différentes attitudes de la croyance initialement régnante.* Méprisant d'abord la croyance contradictoire qui vient de naître, s'étonnant qu'elle grandisse, dédaignant d'engager la lutte, puis bientôt obligée de lutter pour se défendre, puis vaincue, s'obstinant longtemps dans une insistance inutile, enfin éliminée si complètement qu'elle finit par s'adapter à la croyance nouvelle et à s'en faire la vassale.

2) *La synthèse* permet à une idée plus compréhensive d'utiliser à ses fins deux idées partielles contradictoires.

Les hommes d'Etat expérimentés savent jouer de cette force synthétique des grands sentiments ou des idées fondamentales. Quand, par suite de dissensions intérieures, l'existence du gouvernement est en péril, une guerre étrangère est un bon moyen de dissoudre dans l'élan universel du patriotisme les éléments politiques hostiles (39).

3) Enfin « les accords sociaux, les conciliations, les solutions de contradictions se font encore par transaction. Mais ce troisième mode, *étant le plus important de tous* (40), doit être traité à part ».

PARAGRAPHE 3

La solution par excellence.

Cette notion de conciliation, d'équilibre, de dosage constitue le thème fondamental de l'œuvre administrative du Doyen Hauriou. Il convient donc d'étudier minutieusement l'idée que lui-même s'en faisait.

« La vie sociale se crée au prix de perpétuelles transactions individuelles et toute l'organisation de la matière sociale concourt à amener et à faciliter ces transactions... L'action sociale de l'homme quand elle s'exerce en vue d'un accord est toujours une transaction » (41).

(38) Tarde a sans cesse influencé Hauriou, depuis 1896 jusqu'en 1927, date de la 11^e édition du Précis de droit administratif qui cite souvent Tarde.

(39) Voilà une vieille idée d'historien qui devait se réaliser avec tant d'éclat lors de la guerre de 1914-1918 : Le ministère de l'Intérieur Malvy n'a même pas eu besoin d'utiliser contre les socialistes le fameux carnet B. De même, nous écrivons ces lignes au moment où l'Algérie de M. Ben Bella semble résorber la résistance kabyle dans l'élan général de mobilisation contre le Maroc.

(40) Ouvrage précité, p. 115 par nous souligné.

(41) Ouvrage précité, pp. 115 et 116.

Le fait de la transaction s'impose pour lui à la science sociale par sa généralité. « Il n'est pas un homme occupant une situation réglée dans la société qui aille jusqu'au bout de son pouvoir; toujours il en abandonne une partie, il transige » (42).

Aucune domination n'est absolue, elle trouve toujours dans les faits une limite : la crainte de l'insurrection, « l'obligation de confier une partie du pouvoir à des lieutenants qu'il faut ensuite ménager, le sentiment de l'utilité publique ou du bien public » (43). Les régimes prétendument absolus sont transactionnels.

Entre individus qui ne sont pas dans des relations de dépendance, les rapports sociaux supposent la nécessité de concessions réciproques et de transactions. On parle de transactions commerciales, de transactions civiles. *Hauriou fait même remarquer avec raison que les transactions administratives abondent. « Que de transactions supposent la moindre réforme, l'ouverture du moindre chemin vicinal, l'installation du moindre bureau de poste pour complaire à l'agent électoral »* (44).

La jeunesse est intransigeante parce qu'elle n'est pas engagée encore dans la mêlée, mais les années apportent l'expérience qui enseigne l'inéluctabilité de la transaction. De là, la justification de cette institution sociale « si bienfaisante » qu'est la prescription. Cette institution présume payées les dettes et légitimement possédées les terres. « Or, c'est là une formidable transaction que fait la société en limitant à 10 ans, à 20 ans, à 30 ans l'effet des volontés bonnes ou mauvaises, des sources d'obligations, contrats ou délits » (45).

Mais le futur Doyen Hauriou veut aller plus loin : la transaction met fin à un conflit quel qu'il soit. Or, presque toujours, le conflit n'aura été réglé que par l'intervention d'un tiers, d'un amiable compositeur, d'un arbitre, d'un médiateur. « Le médiateur est celui qui n'a pas d'amour-propre. Il n'est pas acteur dans le litige, il n'est que spectateur » (45). Etant sans passion, il découvre la transaction juste.

Mais Hauriou élève encore le débat en estimant que la vie humaine tout entière est marquée par le sceau de la médiation. Dans le syllogisme, le raisonnement par excellence, n'y a-t-il pas une proposition, la mineure, qui est le médiateur nécessaire entre la majeure et la conclusion. Dans les manipulations chimiques, pour faire passer les corps d'un état à un autre, il faut utiliser les services de corps et d'états intermédiaires.

(42) Ouvrage précité, p. 116. C'est déjà donc en 1896 une préfiguration de sa théorie de l'autolimitation. Mais c'est encore très vague car on ignore s'il s'agit d'autolimitation objective ou subjective.

(43) Ouvrage précité, p. 117. Hauriou donne ici des exemples d'autolimitation objective mais il n'utilise pas le terme et ne systématise pas l'idée. Sur la dialectique de la puissance publique et du bien public, voir première partie, chapitre II, section II.

(44) Ouvrage précité, p. 117.

(45) *Ibidem*, p. 119.

Plus loin encore : l'idée de médiation qui implique celle de transaction a été trouvée par les conceptions religieuses comme explication de l'univers. « Impliquée par tous les cultes propitiatoires, préparée plus directement par le messianisme, elle s'épanouit dans le christianisme » (46).

La médiation y est portée à l'infini et divinisée. Tous les conflits que recèle l'idée de l'être sont résumés dans le dogme de la Trinité. Or, au sein de la Trinité, il y a un médiateur entre la puissance et l'acte, entre le Père et le Fils; c'est la médiation de l'Esprit qui est amour. Le Christ est d'ailleurs lui-même médiateur entre Dieu et l'homme.

Ainsi que le reconnaît lui-même Hauriou, les linéaments de cette profonde théorie du médiateur se trouvent dans les Pensées de Pascal en même temps que le système des contradictions (47).

Il estime d'ailleurs non seulement que la transaction et la médiation sont des faits constants mais même que l'organisation sociale est tout entière destinée à les provoquer et à les faciliter.

— Toute société ou toute institution organisée est un vase clos.

— La structure sociale organise la médiation.

1) Toute société est un vase clos. Sans doute ne faut-il pas prendre dans son sens exagéré la formule de « vase clos » puisque Hauriou reconnaît lui-même que les individus ne sont jamais complètement prisonniers dans une société et que les voies de communication et les relations extérieures sont nombreuses. Il n'en reste pas moins que l'idée de vase clos — d'ailleurs beaucoup plus valable en 1896 que de nos jours — lui semble dominer. La conséquence est triple.

— *Il se produit un effet de contrainte*, contrainte exercée d'individu à individu, ou contrainte exercée par la société sous forme de lois, de règlements appuyés du gendarme. Voilà le phénomène révélateur interne à l'association et qui peut hâter la formation des transactions. Ce premier résultat est très apparent à tel point que certains ont cru voir dans la contrainte le résumé de toute société. Cette vue semble courte à Hauriou car il lui semble que dans la société, il existe autre chose que la contrainte, « il y a pour l'individu une protection et une véritable grâce » (48).

— *Hauriou part ensuite de l'idée que si nous faisons à un compatriote, à un parent, des concessions que nous ne ferions pas à un étranger, c'est que le compatriote et le parent font partie de groupes limités.* Le fait que la société soit close facilite la transaction.

(46) *Ibidem*, p. 121. On retrouve ici le christianisme qui colore tous les développements.

(47) Hauriou a sans cesse été influencé par Pascal jusqu'à la fin de sa vie, ses lettres à Jacques Chevalier en témoignent. Il avoue avoir lu un ouvrage de Rauh paru dans les Annales de la Faculté des Lettres de Bordeaux en 1892. De même, il appréciera le « Pascal », de Jacques Chevalier.

(48) *Ibidem*, p. 124. Hauriou fait nettement allusion à Durkheim dont il avait lu les articles importants à la « Revue philosophique » de 1894. On constate encore ici la culture encyclopédique de notre auteur.

— La troisième conséquence du fait que la société est un vase clos, *c'est la protection que cela engendre pour les transactions acquises*. Dans les états civilisés, cette protection s'exerce par la force armée, par les relations diplomatiques. C'est un des aspects de la patrie : la patrie est la société qui protège et fait mûrir dans son sein des transactions.

2) *Le second caractère de la société est d'organiser la médiation et d'en centupler ainsi la puissance.*

Toute fonction, toute profession, toute situation qui fait partie de l'organisation sociale est une sorte de médiation. « Tout fonctionnaire public est un intermédiaire car le gouvernement par ses lois, par ses juges, par ses administrateurs, ne fait que des arbitrages en vue de la paix sociale. Tout commerçant est un intermédiaire, tout propriétaire est un intermédiaire » (49).

Le grand avantage de cette conception de la fonction comme mission de médiation, c'est qu'elle fait apparaître toute situation sociale sous son aspect de devoir.

L'avenir lui apparaît donc, comme le passé, appartenir aux solutions transactionnelles. « Prenons la question sociale contemporaine, celle de la nationalisation des moyens de production industriels... Laissons agir le temps. La concentration et l'anonymat des industries s'accroîtront. Au contraire, le collectivisme doctrinal se désagrégera. *Du capital intégral de Marx, ses disciples passeront à certaines formes du capital et il pourra intervenir des solutions transactionnelles pour la nationalisation de certaines industries* » (50).

Universelle contradiction, solution transactionnelle, qui est la solution par excellence, sont donc les deux thèmes essentiels des idées philosophiques d'Hauriou, le tout s'adossant à une vision très chrétienne et individualiste du monde (51). Il semble maintenant indis-

(49) *Ibidem*, p. 125. Hauriou en conclut que chaque fois que la propriété est ébranlée, c'est que les propriétaires ont failli à leur devoir d'intermédiaire entre ceux qui possèdent la terre et ceux qui ne la possèdent pas, entre ceux qui possèdent l'argent et ceux qui ne le possèdent pas.

(50) *Ibidem*, p. 127. Cette citation est d'autant plus remarquable qu'elle précède de trois ans la formule « On nous change notre Etat », contenue dans la note sous l'arrêt Canal de Gignac. Hauriou le visionnaire !

(51) Il est certain que toutes les idées philosophiques et sociologiques d'Hauriou n'ont pu être analysées ici dans leur détail. Certaines même ont été omises. Par exemple ses lois historiques du progrès et de l'alternance des Moyens Ages et des Renaissances qui lui paraissent la clef de toute explication historique. D'autres ont été incluses dans le corps même des diverses parties car elles sont intimement liées à certains développements. Par exemple, sa théorie de la souveraineté ou du cycle Aristocratie — Démocratie — Empire administratif. On projette de faire de toutes ces théories une étude plus poussée dans un ouvrage en préparation sur « Les idées philosophico-constitutionnelles de Maurice Hauriou ». Cependant, cet ouvrage étant consacré à sa contribution au droit administratif français, ces développements, quoique sommaires, nous ont paru suffire à expliquer le lien entre sa théorie la plus générale de l'universelle contradiction et ses analyses de droit administratif les plus particulières marquées par une vocation médiane d'équilibre.

pensable d'analyser les conséquences de ces analyses sur le droit public général.

La conséquence fondamentale en est un système d'explication et d'interprétation pluraliste. Du fait que le monde est en perpétuelle évolution due à la diversité des contradictions, du fait que toute question est tiraillée entre deux ou plusieurs pôles, un système d'interprétation moniste est impossible. Seul un système pluraliste rendra compte de la complexité du réel. Le système pluraliste sera marqué par les transactions dont la principale qui commande toutes les autres se résume dans une via media entre le droit subjectif et le droit objectif.

PARAGRAPHE 4

Les conséquences de cette philosophie en droit public général.

On a vu que le devoir était un des aspects de la médiation sociale et qu'il était donc au service de l'équilibre.

Qu'en est-il du droit ? Il semble bien que dans l'esprit d'Hauriou, sa fonction soit identique.

« Le droit est une sorte de conduite qui vise à réaliser à la fois de l'ordre social et de la justice » (52). Ses règles tendent à redresser les relations politiques et économiques de façon à les ramener à ces deux coordonnées, l'ordre social étant pratiquement le plus important.

L'examen du droit positif d'un peuple quelconque confirme la vérité de ces remarques. La matière des règles d'un code est faite de relations sociales ordonnées entre elles en vue d'une certaine structure. L'élément de structure, d'organisation, de coordination, est beaucoup plus apparent que l'élément de justice. Selon Hauriou, s'il n'y avait pas un ordre social dans les sociétés, s'il n'y avait que de la justice, il n'y aurait point besoin de catégories car la justice est une et c'est l'ordre social qui est divers.

Cette considération doit permettre de résoudre selon lui le problème du droit naturel : si le droit naturel ne devait être qu'une collection de préceptes de justice, la conception n'en serait pas née parce qu'elle ne se serait pas séparée de celle de la justice elle-même. Si l'on prend pour exemple les préceptes des « institutes » de Justinien, on constate qu'ils ne sont pas uniquement préceptes de justice : « *alteram non laedere surum cinque tribuere* ». Ils supposent déjà l'ordre social individualiste, le patrimoine individuel, la propriété individuelle. Mais si le droit naturel est un corps de droit comprenant un certain ordre social, quel est cet ordre ?

(52) « L'ordre social, la justice et le droit » in Revue trimestrielle de droit civil, 1927, p. 820.

Hauriou répond qu'il suffit d'interroger l'histoire pour voir en quels moments la croyance en le droit naturel a exercé une action sur les esprits et par conséquent à quel ensemble d'idées et à quel ordre social elle est liée. « *Or, il apparaît tout de suite que l'ensemble d'idées dont elle fait partie appartient aux grandes périodes démocratiques* » (53).

Le droit naturel est né dans la civilisation antique. Durant quelques siècles, celle-ci a présenté un double caractère; d'une part, toutes les nations du monde gréco-romain sont en démocratie, d'autre part, les relations du commerce juridique ont rendu possible « le syncrétisme d'un droit commun des nations. C'est donc à la fois une époque de démocratie égalitaire et de *jus gentium* » (54). Il en est de même à la Renaissance avec l'Ecole du droit de la nature et des gens. C'était l'aube d'une nouvelle époque de démocratie égalitaire et de droit commun des nations.

Le droit naturel ainsi conçu, est à la vérité très particulier « mais un idéal absolu peut en même temps être particulier ». Ainsi conçu le droit naturel lui paraît déjà en partie réalisé. Sa voie est jalonnée par deux ébauches très poussées, celle du droit classique romain qui fut qualifié de raison écrite et celle du droit commun contemporain.

Cette solution du problème présente des avantages.

— Elle écarte la conception d'un droit naturel évolutif. Le droit naturel est immuable aussi bien dans ses principes d'ordre social démocratique que dans ses principes de justice « qui ne se réalisent qu'en des chefs-d'œuvre classiques » (55).

— Cette solution individualiste nous débarrasse également des socialismes et des communismes.

— Enfin, par la conception d'un idéal de droit naturel réalisé progressivement en des chefs-d'œuvre classiques. « *Cette solution nous ramène à la traditionnelle définition artistique du droit... Le droit est un art...* Toute théorie juridique est une œuvre d'art et le système juridique dans son ensemble en est une très noble et très imposante » (56).

Selon Hauriou, c'est ravalier le droit que de le ramener à une technique : Ulpien ou Cujas, Homère, Virgile, Dante pas plus que Phidias, Praxitèle ou Michel-Ange ne sauraient être qualifiés de techniciens. Les constructions, les créations exigent plus que de la technique : « elles réclament de l'intuition artistique et le « construit » est une œuvre d'art, non pas une œuvre de technique » (57).

(53) Article précité, p. 820.

(54) Article précité, p. 821.

(55) Article précité, p. 823. Hauriou rappelle d'ailleurs que la Vénus de Milo est le type de la belle femme grecque d'une certaine époque et cependant elle est devenue un type humain de beauté féminine.

(56) *Ibidem*, p. 824.

(57) *Ibidem*, p. 825.

Si le droit est *un art* qui réclame de l'intuition artistique, quelle sera l'intuition fondamentale du juriste Maurice Hauriou ?

Cette intuition va résider — qui s'en étonnerait après la description des présupposés philosophiques ? — dans une voie moyenne, voie de transaction entre les exigences contradictoires du droit subjectif et du droit objectif.

Hauriou est certainement hostile à la doctrine allemande de la puissance de volonté, donnant aux droits pour fondement exclusif l'élément « pouvoir de décision » : c'est la théorie de la Willensmacht organisée en Allemagne par Savigny et avant lui Gerber qui demeura longtemps prépondérante malgré les critiques d'Ihering et fut illustrée en droit public par les noms de Laband et de Jellinek. Ceux-ci définissent l'État comme le sujet des pouvoirs de domination et écartent formellement du droit public la préoccupation des fonctions de l'État.

Ces données méritent d'être précisées.

La donnée de la personnalité juridique peut ne pas répondre nécessairement à tous les besoins du droit privé mais pendant le XVIII^e et le XIX^e siècle elle avait constamment occupé le devant de la scène juridique. C'est dans ces conditions qu'en 1865 Gerber déplorant la confusion dans laquelle il se trouvait, voulut y introduire un principe unique de classification : la personnalité juridique. *L'État devint selon une définition qui fut bientôt classique « Le sujet des droits de domination sur les hommes libres », c'est-à-dire l'être moral qui peut exercer sur les hommes libres des droits de domination conçus comme des rapports juridiques de domination d'un côté, de sujétion de l'autre.*

Le premier soin de cette école fut de rejeter hors du droit public comme n'étant pas des matières juridiques toutes les questions qui n'étaient pas relatives à l'exercice du droit propre de l'État par sa propre volonté. Laband déclara que les buts et les fonctions du droit sont en dehors du droit et n'intéressent pas le jurisconsulte (58). Jellinek trouve géniale cette formule de Hegel : « La naissance, la vie et la mort des États ne relèvent que de l'histoire. A elle seule il appartient de les juger et ses lois ne sont certainement pas celles du juriste » (59). Hauriou avoue être confondu par l'étroitesse de ce point de vue.

En effet, selon lui, et avec raison semble-t-il, *l'erreur de cette école avait été de conclure que le point de vue des rapports juridiques étant dominant en droit privé, il devait être également dominant en droit public.* Trois raisons militent en sens contraire.

— Le droit public s'est lentement séparé du droit privé; cette séparation se poursuivant depuis des siècles, il est normal de penser qu'elle porte sur des points de vue fondamentaux.

(58) LABAND, « Droit public de l'Empire allemand », t. 1, p. 117.

(59) JELLINEK, « L'État moderne et son droit », p. 218.

— Ce qui fait en droit privé l'intérêt pratique de la théorie de la personnalité et des rapports juridiques, c'est qu'elle est organisatrice des responsabilités pécuniaires qui jouent un grand rôle dans les relations de la vie privée. Mais celles-ci, quoique jouant un grand rôle en droit administratif, ne couvrent pas tout ce droit et d'ailleurs le droit administratif n'est qu'une partie du droit public.

— Enfin, la théorie de la Herrschaft mettant à l'écart les fonctions des institutions apparaît vite absurde. « Dans la vie publique, qui donc pourrait se désintéresser des fonctions de l'Etat ou des ressorts organiques des institutions publiques. Et si ces matières sont prépondérantes dans la vie publique, comment ne le seraient-elles pas dans le droit public ? » (60).

Pour Hauriou, le droit public a pour but de former les citoyens et ceux-ci ont besoin de savoir quelles sont les bases fondamentales et les fonctions de l'Etat et quelle est la discipline juridique de sa vie bien plutôt que la façon d'exercer les droits de l'Etat.

Hauriou est donc très hostile à ces théories dites du droit subjectif. A priori, il ne pouvait qu'être bienveillant à l'égard de toute doctrine de réaction. De fait, lorsque Léon Duguit fit paraître en 1901 « L'Etat, le droit objectif et la loi positive », Hauriou et Mestre firent une critique nuancée à la Revue du droit public (61).

Tout le tort de Duguit aux yeux de son collègue toulousain fut non de réagir contre les dangers de la Herrschaft mais *de trop réagir* et en voulant faire du neuf. « Il ne faut pas faire du nouveau mais seulement du vieux neuf » (62).

En haine « des droits de domination » de la doctrine allemande, « Duguit a voulu éliminer toute autorité sociale et toute fonction sociale pour ne laisser subsister qu'une règle de droit fondée sur l'interdépendance des hommes... *Il n'a pas vu que le danger n'était pas dans l'autorité sociale mais dans la personnification de cette autorité* » (63).

Mais au fond, la direction générale de l'entreprise de Duguit est sympathique à Hauriou, contrairement à l'interprétation superficielle de certains exégètes, « car Duguit montre la direction dans laquelle il convient de chercher et qui est celle des faits objectifs » (64).

Hauriou dit par ailleurs que les théories de Duguit, quoique inutilisables dans la construction technique du droit, « conservent une grande valeur dans la philosophie juridique... Elles ont rendu aux juristes le très grand service de secouer violemment le développement excessif du droit subjectif et à remettre en honneur le droit

(60) Principes de droit public 1910, p. 5.

(61) T. XVII, p. 346 et suiv.

(62) Principes de droit public, p. 6.

(63) Principes de droit public, p. 66.

(64) *Ibidem*, p. 73.

social. Elles ont acclimaté chez nous la conception du droit objectif » (65).

Pourquoi Hauriou est-il tellement préoccupé de combattre en compagnie de Duguit le droit subjectif ? Est-ce à dire que celui-ci ne prévoyait aucune limitation ? Non sans doute. Mais Laband comme Jellinek admettaient seulement que l'Etat soit comme administrateur, soit comme législateur se soumet à la règle de droit à la façon dont une personne autonome s'astreint à une règle intérieure qu'elle s'est créée à elle-même. *Si cette sorte de droit n'est pas extérieur à la personne juridique, il est le produit d'une volonté interne parfaitement incontrôlable. Mais Hauriou constate tout de suite que ce corollaire de la Herrschaft constitue son point faible et aboutit à l'omnipotence du pouvoir de domination.*

Pour cela la doctrine de la Herrschaft lui semble mériter les critiques brutales de Duguit et la direction des faits objectifs lui paraît seule capable de limiter les droits de domination.

C'est dans un article au Recueil de législation de Toulouse (66) que Maurice Hauriou construit *une critique des « Idées de Monsieur Duguit »*.

Selon Hauriou, la position de Duguit est la suivante : Il ne nie point la nécessité de fait des gouvernements. Il nie le droit propre des gouvernements. Les gouvernements par eux-mêmes n'ont pas le droit de commander. Ils sont un fait, ils ne sont pas un droit. Il n'y a pas de fondement légitime du pouvoir politique ; la souveraineté, l'autorité publique, la puissance publique, tout cela ce sont des forces plus grandes que les autres qui se réalisent justement pour cette raison, mais ce ne sont pas des droits.

Sans doute, l'activité du gouvernement et de l'administration peut présenter un caractère juridique mais seulement quand cette activité est conforme à la règle de droit. Le pouvoir législatif lui-même ne peut rien de plus que les autres et la loi positive n'a point de valeur impérative en cas de non-conformité avec la règle de droit.

« La loi n'a point le caractère d'un ordre donné par le Parlement et s'imposant parce que c'est le Parlement qui la formule. Les neuf cents individus qui composent le Parlement ne peuvent pas me donner d'ordre. La loi ne s'imposera à l'obéissance des citoyens que si elle est l'expression ou la mise en œuvre d'une règle de droit... » (67).

Il n'existe donc aucune autorité ou plutôt celle-ci n'existe qu'en conformité avec la règle sociale, avec le droit objectif et *seulement dans cette mesure*.

(65) *Ibidem*, p. 69. Hauriou qui estime inutilisables les théories de Duguit dans la construction technique du droit dit pourtant qu'il « ne discute pas pour le moment la construction qui repose sur la combinaison de la règle juridique objective et de la décision exécutoire individuelle ». Seulement elle ne lui paraît pas nécessairement liée à la doctrine de la solidarité sociale. *Ibidem*, p. 67.

(66) Recueil, 1911, p. 1.

(67) DUGUIT, « Traité de droit constitutionnel », t. I, p. 149.

L'obéissance n'est due que si l'ordre est conforme à la règle de droit. Mais alors n'existe-t-il plus de discipline rigide, d'obéissance passive ? Duguit reconnaît assez peu logiquement d'ailleurs que le militaire de grade inférieur est obligé d'obéir sans discussion aux ordres donnés par le supérieur alors même que la chose ordonnée lui paraît illégale, parce que telle est la loi de l'organisation de l'armée (68). Mais Duguit refuse d'étendre à la hiérarchie administrative la solution dégagée pour l'armée. Sans doute sur ce point Duguit se sent-il très solitaire puisque la législation (articles 114, 184 et 190 du Code pénal) (69), la jurisprudence et la doctrine sont opposées à ce point de vue. Duguit se montre choqué par cette idée d'exonérer le fonctionnaire inférieur de toute responsabilité. Il faut au contraire qu'il soit et se sente responsable. Cette solution conduit-elle à la fin de toute discipline administrative et à l'anarchie ? Il répond par la négative car « si l'agent est responsable quand il exécute un ordre contraire à la loi, il est également responsable quand il refuse d'exécuter un ordre conforme à la loi et le bon fonctionnement des services publics sera bien plus complètement assuré par la claire notion que tous les agents depuis les plus élevés jusqu'aux plus humbles auront de leur responsabilité que par un système de discipline passive qui amollit les caractères, annihile les volontés et atrophie les intelligences » (70).

Hauriou est très opposé à cette doctrine qui lui semble reposer sur le postulat que les agents auront la claire notion de leurs responsabilités et de la loi, « c'est-à-dire que tous les agents seront parfaits... c'est exactement l'optimisme des Proudhon, des Bakounine, des Kropotkine, des Elisée Reclus... et autres anarchistes classiques; c'est la croyance en le progrès indéfini de la raison humaine, rendant inutiles les gouvernements... » (71).

(68) Sur ce point voir « L'Etat, les gouvernants et les agents », p. 633.

(69) Article 114, alinéa 1, du Code pénal dit que « lorsqu'un fonctionnaire public, un agent ou un préposé du Gouvernement aura ordonné ou fait quelque acte arbitraire ou attentatoire soit à la liberté individuelle, soit aux droits civiques d'un ou de plusieurs citoyens, soit à la Charte (à la Constitution) il sera condamné à la peine de la dégradation civique. Si, néanmoins, il justifie qu'il a agi par ordre de ses supérieurs pour des objets du ressort de ceux-ci, sur lesquels il leur était dû l'obéissance hiérarchique, il sera exempt de la peine, laquelle sera dans ce cas seulement applicable aux supérieurs qui auront donné l'ordre ».

(70) « L'Etat, les gouvernants et les agents », p. 624.

(71) « Les idées de M. Duguit », p. 10. Il faut reconnaître que sur ce point, la jurisprudence a plutôt donné raison à Duguit qu'à Hauriou encore qu'avec des nuances. La solution admise par la jurisprudence est que le subalterne doit refuser d'obéir lorsque l'ordre est entaché d'une illégalité grave et évidente. C.E., 10 novembre 1944, Langneur, D. 1945, p. 88. Conc. Chenot, 1945.II.1853, note Chavanon De même Pouzelgues, 1961. Cette jurisprudence est l'idée de la jurisprudence pénale qui décide que, sauf les hypothèses particulières prévues par les articles 114, 184 et 190 du Code pénal, l'ordre donné par le chef hiérarchique ne constitue pas un fait justificatif ou une excuse absolutoire lorsque l'acte accompli par le subalterne en exécution de l'ordre constitue une infraction pénale. Crim., 20 septembre 1894, D. 1899.1.530. Sur ce point, de Laubadère, Traité, n° 1346.

Au fond, pour Hauriou, la grande erreur de Duguit était d'avoir cru qu'on pouvait séparer la question de l'existence de fait des gouvernements et celle de leur droit de commander. Sans doute ne méconnaît-il pas « les excellentes intentions de M. Duguit qui sont de brider l'Etat, de mieux assurer la suprématie du droit mais « le remède qu'il propose est pire que le mal et c'est le cas de dire que l'enfer est pavé de bonnes intentions » (72).

En fait, il paraît impossible au Doyen de Toulouse de séparer l'existence de fait du droit de commander car il lui semble que toute loi positive ou tout ordre de gouvernement sont présumées conformes à une certaine espèce de droit jusqu'à ce qu'il soit démontré qu'ils sont en contradiction avec la règle de droit qui est une autre espèce de droit et que le conflit de ces deux espèces de droits sera réglé « par des combinaisons pratiques » (73).

Ce terme de « combinaisons pratiques » est ici capital car il pose le problème fondamental déjà évoqué dans les aspects philosophiques et sociologiques de l'œuvre d'Hauriou, le problème du monisme et du pluralisme.

« Combinaisons pratiques », ce terme ne pouvait que choquer Duguit. « Il règne parmi les sociologues un état d'esprit fait de monisme et de logique pure dont M. Duguit a été la victime après bien d'autres » (73). Or, cet état d'esprit semble très fâcheux à Hauriou en matière sociale. Si l'on admet l'enchaînement des actes sociaux en une série unilinéaire, il n'existe plus ni ordre, ni désordre, ni justice, ni injustice; il n'y a plus que des phénomènes naturels, tous également qualifiés et fatalement amenés les uns par les autres. Le monisme empêche également de comprendre le problème de la finalité puisque si les actes sont rigoureusement enchaînés, alors il n'y a point de finalité et il n'y a plus que la causalité. Enfin, le déterminisme unilinéaire présente un autre inconvénient : il porte à ne chercher l'explication d'un fait que dans un seul antécédent alors que dans la réalité qui est très complexe il y a toujours plusieurs antécédents qui se combinent entre eux. Or, Hauriou pense que le droit doit être saisi dans sa complexité qui est l'écho de la complexité sociale et de son universelle contradiction et trouve même dans les philosophies nouvelles de son temps la justification de son point de vue. Il cite à cet égard Lachelier et Boutroux qui montrent combien le déterminisme est relatif, le pragmatisme de William James qui a habitué la psychologie à ne pas se laisser fausser par des préoccupations logiques et Bergson qui attire l'attention sur la spontanéité des êtres. Il cite également Claude Bernard qui a insisté sur l'importance des lois de but dans l'organisme (74).

(72) « Les idées de M. Duguit », p. 13.

(73) *Ibidem*, p. 15.

(74) Il cite aussi de façon très curieuse les sciences physico-chimiques qui se trouvent arrachées à la contemplation exclusive de la transformation de l'énergie et qui sont mises en présence de la création de l'énergie par la désintégration de

Ainsi le déterminisme unilinéaire lui paraît battu en brèche. L'action du milieu n'est plus une explication suffisante et appelle le complément de la réaction naturelle de l'être sur le milieu. Cette vision très dialectique et très pluraliste du monde lui permet d'expliquer qu'« il existe deux systèmes de droit différents et comme deux séries juridiques » qui, « quoique tendant dans l'ensemble au même résultat du bien individuel et du bien social, n'y tendent pas par les mêmes moyens, ces deux séries étant en contradiction sur certains points » (75).

Alors il devient normal qu'un type de droit s'oppose à un autre type de droit. *Si on refuse cette vue dialectique, on affirme « l'unité logique du système juridique »*. Comment démontrer cette unité logique ? Pourquoi n'y aurait-il pas aussi antagonisme entre deux systèmes de droit qui, sans doute, tous les deux concourraient au même but qui est la paix sociale mais qui n'y tendraient pas par les mêmes moyens ? Le seul moyen, aux yeux d'Hauriou, de déterminer quels sont les deux systèmes de droit antagonistes est de partir « de l'idée de la paix sociale qui est le but suprême du droit » (76).

La paix par le droit c'est la cessation des hostilités par le règlement conforme à la justice des causes profondes du conflit. Il y a une première espèce de droit dont l'objectif est de maintenir la paix matérielle à tout prix. C'est le stade du possessoire. *Mittite ambo hominem* ordonnait le magistrat romain aux deux plaideurs qui se disputaient un esclave. « Commencez par lâcher cet homme et cessez de vous battre ».

Il est bien évident qu'à ce niveau les solutions provisoires doivent s'imposer immédiatement sans discussion étant entendu que cette obéissance préalable ne sera que provisoire.

Mais cette analyse est transposable en droit administratif. Le bénéfice de l'exécution préalable de la décision exécutoire a pour fondement la continuité du service, cette continuité étant indispensable à la vie de l'Etat et donc finalement à la paix matérielle. Et cette exécution préalable n'est pas nécessaire seulement pour les décisions administratives, elle l'est pour les jugements, elle l'est pour les lois.

« La vie ne doit pas attendre, c'est à la pensée juridique à la suivre » (77). Avant même que la pensée juridique ait pu dégager quelques thèmes cohérents, l'autorité a paré aux besoins par des moyens provisoires, par des « fortifications » de fortune qui sont déjà juridiques.

Ainsi le principe d'autorité se fonde sur l'existence de ce droit provisoire dont l'édification continue est nécessaire pour laisser se dégager paisiblement les règles de fond de la justice sociale (78). *Et*

l'atome, c'est-à-dire par une modification de l'être. Il cite aussi l'histoire naturelle. Sur tous ces points, voir « Les idées de M. Duguit », pp. 16, 17 et 18.

(75) « Les idées de M. Duguit », p. 19.

(76) *Ibidem*, p. 21.

(77) IHERING, « Esprit du droit romain », t. IV, p. 132.

(78) « Les idées de M. Duguit », p. 24.

le fondement juridique de ce droit intérimaire repose à son tour sur une présomption de justice qui admet, comme toute présomption simple, la preuve contraire.

Quel est le fondement de cette présomption de justice ?

D'après la définition de Duguit « la règle de droit est la règle de conduite qui s'impose aux individus vivant en société dont le respect est considéré à un moment donné par une société comme la garantie de l'intérêt commun et dont la violation entraîne une réaction collective contre l'auteur de cette violation » (79). Donc, cette règle de droit, expression de la solidarité sociale, en découle. Elle est l'expression *objective de la justice, elle est le droit objectif*. Cette construction juridique ne fait aucune place au sentiment subjectif du droit. Sans doute les individus acquerront des droits en agissant en conformité avec la règle de droit mais ils ne devront pas au sentiment subjectif du droit la vertu juridique de leurs droits. Or, pour Hauriou « cette méconnaissance de la puissance créatrice du sentiment subjectif du droit constitue l'erreur fondamentale de la doctrine de M. Duguit; elle procède toujours de la même croyance au phénomène universel, de la même importance exclusive attribuée à l'influence du milieu au détriment de l'activité des êtres. Mais nous ne sommes pas liés par cette philosophie... » (80).

La présomption de justice n'est donc pas pour Hauriou une présomption de conformité avec la règle de droit objective, *c'est une présomption de conformité avec le sentiment subjectif du droit.*

Voilà donc le même homme qui critiquait l'erreur fondamentale des théories de droit subjectif et qui critique maintenant l'erreur fondamentale de la théorie de droit objectif de Duguit.

Mais cette présomption de conformité avec le sentiment subjectif du juste et de l'injuste ne peut exister que si l'acte se présente dans certaines conditions. Hauriou pense qu'il convient de rechercher ces conditions d'existence dans deux directions :

- L'acte lui-même,
- l'agent.

— *L'acte* : Au fond, il doit y avoir dans tout acte juridique une déclaration de volonté avec l'intention de produire un effet de droit. S'il y a *animus jocandi*, il n'y a point acte juridique.

— *L'agent* : Il doit être autonome et son autonomie doit être disciplinée. Il doit donc appartenir à une organisation elle-même disciplinée. L'administration constitue le type même du corps discipliné. La discipline du corps s'est extériorisée dans les instructions des chefs hiérarchiques et dans la jurisprudence sur les excès de pouvoir : ne pas excéder la compétence ou ne pas violer les formes ou ne pas employer le pouvoir administratif dont on est investi en dehors de l'objet spécial pour lequel il a été donné. « Une pareille discipline

(79) Traité de droit constitutionnel, t. I, p. 1, 1911.

(80) « Les idées de M. Duguit », p. 27.

spontanée établie en dehors de toute question d'observation de la légalité prouve la maîtrise d'elle-même que l'administration publique a conquise... » (81).

En généralisant, Hauriou, en arrive à la conclusion que la vertu juridique des actes repose sur l'autonomie disciplinée de la volonté. Notre auteur donne ici raison à l'Ecole de la Herrschaft qui a insisté sur la puissance de la volonté autonome. Mais « ils ont insisté sur le caractère d'autonomie, nous serions tentés d'insister davantage sur celui de discipline » (82).

Hauriou insiste sur ce dernier point fondamental. Cette discipline intérieure de l'institution n'est pas du tout celle de l'autolimitation de la personne morale. Dans la perspective des auteurs allemands (sauf Ihering), le droit n'est pas extérieur à la personne juridique Etat, il est au contraire un produit de sa volonté interne *laquelle est incontrôlable*. Ceci était très dangereux. Et Duguit a eu raison de s'insurger. Mais « il a compromis le succès de sa campagne contre la doctrine de la Herrschaft par l'outrance de ses négations » (83).

Il ne faut pas s'insurger contre des faits. Or, la personnalité juridique de l'Etat est un fait ou plutôt, bien qu'elle ne constituât au départ qu'une construction juridique, elle s'est insérée dans la série des faits sociaux; elle rend dans l'ensemble des opérations juridiques de tels services, elle produit de telles conséquences pratiques qu'elle est devenue un fait qu'il est inutile de discuter (84).

Ainsi, tout en refusant les exagérations de la Herrschaft, Hauriou accepte-t-il la personnalité juridique avec une portée pratique limitée. Si en certaines occasions, il y a avantage à considérer l'Etat comme une personne, en d'autres occasions, il y a avantage au contraire à l'envisager simplement comme l'ensemble des situations établies dans une nation.

Dans certains cas, la théorie de la personnalité juridique de l'Etat sera très utile dans la zone que le Doyen de Toulouse appelle « la vie de relation ». *Elle est employée utilement toutes les fois que l'Etat est conçu en relation avec autrui.*

Dans certains autres cas, dans la zone des « modes d'existence », c'est-à-dire dans l'organisation interne de l'Etat, elle lui semble inutile (85).

(81) « Les idées de M. Duguit », p. 30.

(82) *Ibidem*, p. 31.

(83) Principes de droit public, 1910, p. 99.

(84) On reconnaît bien là le goût d'Hauriou pour les explications fonctionnelles. Hauriou ne dit pas qu'il faut conserver la personnalité juridique parce que c'est logique. Il dit qu'il faut la conserver parce que cela sert. Pour lui, l'utilité est un titre suffisant. Ce thème des explications fonctionnelles court tout au long de l'œuvre. On le retrouvera dans les différentes parties de cet ouvrage. Sur ce point, voir « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein ». Article de M. VEDEL, J.C.P., 1948.I. 682 et « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser, réparer la voie de fait administrative », J.C.P., 1950.I.851.

(85) Sur ce point, voir Principes de droit public, 1910, p. 101 et suiv.

M. Georges GURVITCH, dans son brillant article (*in Archives, Philosophie du*

La personnalité juridique lui semble s'être constituée parce qu'elle a été l'instrument perfectionné des risques et des responsabilités. « Elle a établi que chaque sujet est responsable de ses propres actes et rien que de ses propres actes, qu'il est responsable des conséquences sur l'ensemble de ses propres biens et rien que sur ces propres biens. Elle a substitué le point de vue de la responsabilité subjective à celui de la responsabilité objective » (86).

La responsabilité de l'Etat est un produit direct de la personnalité juridique. Celle-ci établit également la continuité dans les actes de gouvernement; elle permet la durée indéfinie des traités internationaux; elle assure la perpétuité des dettes de l'Etat; elle sépare nettement le patrimoine de l'Etat de celui des particuliers et par suite la responsabilité des caisses administratives de celle des bourses particulières, etc.

Le domaine d'élection de la personnalité morale est le droit international public. Les relations entre Etats sont au premier chef des relations avec autrui, avec un autrui égal à soi; elles se nouent entre parties souveraines. Hauriou pense d'ailleurs avec raison qu'il n'est pas sans intérêt de poser en principe que les guerres se poursuivent entre Etats personnes morales et non pas entre les populations, car si elles se poursuivent entre Etats, elles n'engagent que les armées régulières et les caisses publiques des belligérants, elles n'engagent pas les habitants paisibles dont la vie et les propriétés doivent être respectées.

Le droit administratif lui aussi connaît la personnalité juridique de l'Etat et même celle des administrations locales et des établissements publics. « On s'est convaincu que tout au moins dans la mesure

droit, n^{os} 1 et 2, 1931, « Les idées maîtresses de Maurice Hauriou », p. 155), estime que de la première édition de « Principes de droit public » à la seconde édition, on peut dégager une grande différence. Ce ne serait que dans la deuxième édition que le Doyen de Toulouse aurait aperçu que la personnalité juridique et la personnalité morale sont deux sujets différents dans lesquels le groupe se personnifie suivant son fonctionnement comme sujet des rapports avec autrui ou comme sujet de son droit constitutionnel propre qui régit sa vie intérieure.

Or si les deux termes de personnalité juridique et de personnalité morale sont désormais distingués, c'est en fait seulement un changement de mots qui s'opère. L'analyse de la nécessité de la notion de personnalité dans les rapports externes et de son inutilité dans sa vie interne est déjà élaborée dans la première édition. Le changement est nul (sauf le changement de mots).

Voir pourtant l'article précité de M. Gurvitch qui constitue une remarquable tentative de rapprocher les philosophies juridiques générales de Duguit et d'Hauriou qui lui paraissent paradoxalement se compléter au lieu de s'exclure. Nous exprimons dès maintenant notre désaccord sur cette analyse. Mais il est inutile de soulever ce problème dans le cadre de cet ouvrage. Il sera soulevé dans le cadre d'un futur ouvrage relatif aux idées philosophico-constitutionnelles de Maurice Hauriou.

(86) *Ibidem*, p. 102. C'est très probablement l'attachement à la théorie de la personnalité juridique qui explique le renversement d'opinion d'Hauriou qui est revenu à la théorie de la faute après avoir défendu la théorie du risque, mais à une faute proprement administrative. Sur ce point, première partie, chapitre II, section V.

où l'administration s'obtient à prix d'argent, c'est-à-dire repose sur le commerce juridique des échanges, l'Etat, même en présence de ses nationaux, est en réalité en présence d'autrui, car le commerce juridique des échanges a cette vertu d'opposer l'une à l'autre comme des parties toutes les individualités qu'il met en relation d'affaires » (87).

Mais il y a toute une autre région du droit administratif, celle où l'administration « prend l'attitude d'une puissance qui parle à ses sujets pour déterminer des situations juridiques objectives et où elle émet des décisions exécutoires qui leur sont opposables » (88). *Dans ce cas, la personnalité de l'Etat ne sert plus à rien.*

— D'une part, l'administré qui est un sujet peut-il être considéré comme tiers ou autrui par rapport à l'administration; n'en est-il pas membre ou coparticipant ?

— D'autre part, l'utilité pratique de la personnalité morale est nulle car les décisions exécutoires ne sont pas envisagées du point de vue de l'exécution; l'administration n'encourt aucune responsabilité. L'acte est seulement susceptible d'annulation.

Donc déjà en droit administratif, on trouve une limite pratique à l'emploi de personnalité juridique.

Mais le droit constitutionnel a moins besoin encore de la théorie de la personnalité puisqu'il a pour objet l'organisation et les rapports des grands pouvoirs publics ou encore l'organisation de la souveraineté. « Y a-t-il pour cet objet un intérêt quelconque à ce que les grands pouvoirs publics soient considérés comme des organes de la personne juridique Etat ou bien à ce que la souveraineté soit considérée comme la volonté de la même personne juridique ? » (89).

Ces bâtisseurs de constitution se préoccupent d'assurer l'unité de l'Etat, organisent une séparation des pouvoirs capable de réaliser un équilibre objectif de l'institution favorable à la liberté et non pour préparer de meilleurs organes à la personne publique. Ainsi Montesquieu prôna la séparation des pouvoirs comme une garantie de la liberté et non pas comme un aménagement de la personnalité juridique « dont il ne se soucie point ». Hauriou fait remarquer au surplus que la conduite des organes n'est pas sanctionnée par une responsabilité pécuniaire mais seulement par une responsabilité politique qui est étrangère à la personnalité juridique et au patrimoine.

Enfin comment concilier toutes les séparations fondamentales telles que la séparation de l'élément militaire ou de l'élément civil, la séparation des églises et de l'Etat avec la personnalité morale de l'Etat ?

Hauriou conclut magistralement « La notion de la personnalité juridique de l'Etat s'obscurcit à mesure que l'on s'enfonce dans les régions du droit constitutionnel comme le disque pâle du soleil dans

(87) *Principes de droit public*, 1910, p. 107.

(88) *Ibidem*, p. 107.

(89) *Ibidem*, p. 108.

le cercle boréal, elle erre à l'horizon jusqu'à ce qu'elle sombre dans la nuit » (90).

Mais au moins l'emploi de la personnalité juridique est-il très utile dans certaines disciplines du droit public et en particulier en droit administratif (91).

Selon les cas, le droit subjectif aura sa place ou devra la céder au droit objectif. C'est cette position fondamentale qui nous fait qualifier Maurice Hauriou d'auteur à vocation médiane (92). Cette vocation médiane se traduit par la technique de l'autolimitation objective et proprement constitutionnelle, résultat de la création d'institutions qui, nées de l'Éta, ont fini avec la durée par s'enraciner dans les mœurs et donc par faire obstacle à certaines tentatives de l'administration (93). Les intentions de Duguit lui sont sympathiques mais le monisme du Doyen de Bordeaux lui paraît scientifiquement peu fondé et au sur-plus dangereux.

En réalité, la querelle ne s'arrête pas là. Hauriou reproche également à Duguit son statisme et rapproche dans cette condamnation deux auteurs aussi différents que Duguit et Kelsen.

Sans doute reconnaît-il facilement que le système de Duguit, d'ailleurs élaboré vingt ans auparavant, n'a pas le même point de départ que celui de Kelsen puisque Duguit a horreur de la métaphysique et

(90) Principes de droit public, 1910, p. 109. Hauriou se demande même si la charge exagérée que fit Duguit contre la personnalité de l'État ne s'explique pas par la mentalité qu'il avait acquise par une pratique presque exclusive du droit constitutionnel. Dans cette perspective, on peut penser que c'est parce qu'Hauriou a beaucoup pratiqué le droit administratif qu'il s'est beaucoup intéressé à la personnalité juridique.

(91) On reprendra dans le corps des développements le problème de la personnalité morale sous un autre angle : dans son lien avec la théorie de l'institution, première partie, chapitre I, section I, paragraphe 4.

(92) On retrouve en droit administratif : voir deuxième partie, chapitre I, *in extenso*.

(93) Pour plus de détails sur la théorie de l'institution, voir première partie, chapitre I, section I,

Il faut bien apercevoir que pour lui la théorie de l'autolimitation objective est absurde logiquement mais vraie historiquement. « Logiquement, l'autolimitation de l'État est une absurdité. Historiquement, c'est la vérité constitutionnelle » (Précis de droit constitutionnel, 2^e édition, p. 101). La théorie de l'autolimitation objective qui s'opère par la voie de l'institution s'enracinant dans les mœurs au moyen de « la durée » et créant, grâce à cette durée, du nouveau, du mouvement, de la vie, est adossée à la théorie bergsonienne de « L'évolution créatrice » ainsi que l'avoue lui-même le Doyen de Toulouse (sur ce point : Précis de droit constitutionnel, 2^e édition, p. 7). A la théorie des contradictions universelles qui lui vient en particulier de Proudhon, il faut donc ajouter les influences des idées de Bergson, le tout se combinant avec sa vision chrétienne de la société et des hommes, vision dont M. Gurvitch nous dit (dans son article précité) qu'elle est plutôt dans la lignée pascalienne et augustinienne que dans la ligne thomiste comme veulent le faire croire Georges RENARD (dans sa Théorie de l'institution, p. XIII) et DELOS (« La théorie de l'institution », in Archives de philosophie du droit, n^{os} 1 et 2, 1931, p. 97). Sur ce point, il faut, semble-t-il, approuver M. Gurvitch. On reprendra toutes ces analyses dans un ouvrage futur sur « Les idées philosophico-constitutionnelles de Maurice Hauriou ».

émet la prétention d'être réaliste, c'est-à-dire de n'admettre que ce qui tombe sous les sens. Par là il s'apparente à Durkheim et à Auguste Comte. Sa grande préoccupation a toujours été de supprimer le pouvoir comme source du droit.

Mais Duguit se rapproche fortement de Kelsen par le caractère statique de ses analyses. Statiques, ses analyses le sont à deux points de vue.

— D'abord en niant le pouvoir subjectif de création du droit, Duguit arrête le mouvement juridique qui résulte des forces subjectives, à moins qu'on ne se trouve sous l'empire d'une norme qui, par exception, pose le principe d'une liberté comme par exemple celle qui établit la liberté des conventions. Mais « dans tous les autres cas, le droit ne peut se développer que dans la mesure de normes établies ou par l'établissement de nouvelles normes, mais c'est là une formation coutumière d'une extrême lenteur. Le système tend donc vers l'immobilité coutumière avec cette particularité qu'il s'agit de coutumes à établir dans un grand pays et prenant forme de préceptes très généraux, ce qui n'est guère le genre habituel des coutumes » (94).

— Ensuite, pour l'auteur lui-même, il n'est pas douteux que l'objectif doive l'emporter sur le subjectif et le statique sur le dynamique. « Là dessus, il s'est expliqué maintes fois et il a écrit deux livres pour se persuader que les transformations du droit évoluaient infailliblement vers l'objectif » (95).

Or ce statisme apparaît très condamnable aux yeux d'Hauriou pour qui l'universelle contradiction exige des solutions transactionnelles équilibrées (de là sa vocation médiane) au service du mouvement qui est alors considéré comme un déplacement d'équilibres successifs. L'équilibre en mouvement, le dosage dynamique étant eux-mêmes au service de la paix sociale.

Le statisme, c'est la négation de la théorie des équilibres en mouvement et cette erreur considérable de Duguit le rapproche de Kelsen.

Hauriou rapproche les deux auteurs dans son « examen des systèmes statiques et objectivistes », statique et objectiviste étant deux termes à ses yeux synonymes.

La doctrine de Kelsen constitue au fond pour Hauriou un excellent tremplin de discussion parce qu'elle est plus logique et plus nette encore que celle de Duguit. Ainsi qu'il le dit avec humour dans une lettre du 13 janvier 1928 à Jacques Chevalier, Kelsen par sa rigueur extrême « a vendu la mèche, ce qui me permet de coincer mon vieux Duguit... ».

Hauriou n'éprouve nul besoin d'analyser la doctrine de Kelsen dans sa structure interne mais seulement dans ses postulats (96).

(94) M. HAURIOU, « Le pouvoir, l'ordre et la liberté », article de la revue de métaphysique et de morale, 1927, p. 206.

(95) *Ibidem*, p. 206. A titre d'exemple, on peut citer « Les transformations du droit public », en 1913.

(96) Contrairement à ce qu'on pourrait croire, Hauriou avait attentivement lu

Le système de Kelsen s'expose en deux plans dont l'un, consacré à l'ordre juridique et étatique, est statique et dont l'autre, consacré à la création de l'ordre, est dynamique. « Cette dichotomie aurait pu conduire l'auteur à des résultats heureux; mais ce qui gâte les choses, c'est la façon dont le plan dynamique est subordonné au statique » (97).

— *Plan statique* : Dans ce plan, l'ordre juridique et étatique est envisagé comme l'expression d'un impératif catégorique de la raison pratique. « Il devient insertion directe du transcendantal dans la société » (98). Il est un *sollen* (ce qui doit être) s'insérant dans le sein (ce qui est) afin de le conformer à l'ordre. Cet impératif catégorique est évidemment tiré de la philosophie kantienne.

Mais, ainsi que le constate clairement Hauriou, l'auteur n'est pas seulement kantiste, il est aussi panthéiste idéaliste et par conséquent moniste. « Son monisme va se traduire immédiatement par un second postulat, à savoir que dans le plan statique, l'Etat et le droit se confondent » (99). Il y a identité entre eux parce que l'Etat n'est qu'un ordonnancement juridique de normes en qui se résument les organes et les fonctions. Les individus eux-mêmes ne sont que des ordonnancements de normes mais qui restent distincts de l'ordonnancement juridique étatique et d'ailleurs distinct les uns des autres.

Dans « ce système idéaliste, les êtres réels disparaissent » puisqu'ils ne sont tous représentés que par des ordonnancements de règles. Les individus sont soumis à l'obligation d'obéir à l'Etat, mais ils n'ont pas de droits individuels qui soient opposables à l'Etat. « Cette grave conséquence est la négation non seulement de la liberté politique mais mêmes des libertés civiles » (99 *bis*).

— *Plan dynamique* : Si du point de vue statique, l'unité et l'indivisibilité du pouvoir d'Etat s'imposent, du point de vue dynamique de la création de l'ordre, il peut y avoir intérêt à admettre une séparation des pouvoirs. Mais l'examen des sources du droit montre bien que, pour l'auteur, le plan dynamique reste dominé par le plan statique et par suite les sources du droit positif resteront dominées par le droit transcendant. Les sources du droit positif sont rigoureusement hiérarchisées l'une à l'autre. On remonte ainsi à la constitution de l'Etat et Kelsen souhaite remonter à un statut international. Il ne s'agit pas d'une hiérarchie qui à chaque degré laisse jouer une certaine liberté. « Le droit a pour caractéristique de régler sa propre création : Toute norme juridique est posée conformément aux prescriptions d'une norme supérieure ».

Kelsen. D'abord, un article de celui-ci était paru à la Revue de droit public de 1926 ; il portait pour titre « Aperçu d'une théorie générale de l'Etat », p. 561 et suiv. Ensuite, Hauriou s'était fait traduire des passages importants de *Hauptprobleme der Stattsrechtlehre* (1911) et de *Allgemeine Staatslehre* (1925).

(97) « Le pouvoir, l'ordre et la liberté », précité, p. 201.

(98) *Ibidem*, p. 201.

(99) *Ibidem*, p. 202.

(99 bis) *Ibidem*, p. 202.

Dans cette perspective, Kelsen préfère l'administrateur au juge.
 « Dans un système aussi bien réglé, le juge n'est qu'une cause de désordre, le juge a un pouvoir incoercible d'arbitrage et de création spontanée du droit... bien plus avantageux serait un administrateur bien stylé et devant lequel il n'y aurait point de débat. Napoléon n'avait-il point tremblé pour son Code civil en le livrant aux juges ? » (100).

Quelles observations fait Hauriou sur le problème de Kelsen ?

Il n'entend pas l'apprécier dans sa structure interne mais dans ses postulats : c'est une déjà vieille théorie exprimée dans un courant de pensée qui dérive de Kant par l'intermédiaire de Fichte et Hegel. Hauriou note que Carré de Malberg, dans sa « Contribution à la théorie générale de l'Etat », s'est inspiré de ces idées puisqu'il admet pratiquement la confusion du droit et de l'Etat. Hauriou trouve sympathique l'intention d'échapper par ce moyen aux dangers de la doctrine de la Herrschaft. « Mais alors on n'a évité un écueil que pour tomber sur un autre qui pour être plus caché n'en est pas moins dangereux » (101).

En effet, si cette philosophie du droit évite la théorie du pouvoir de domination de l'Etat, elle n'évite pas, aux yeux d'Hauriou, la domination d'un impératif catégorique qui équivaut finalement à un ordre social nécessitant. La maxime qui découle de la théorie de Kelsen lui paraît devoir s'exprimer ainsi. « Tout ce qui n'est pas conforme à la constitution hypothétique est sans valeur juridique ». Tout cela est statique. Or, une philosophie de la liberté dans le mouvement lui semble seule compatible avec le droit (102).

D'où qu'on se place pour analyser la pensée d'Hauriou, elle se définit essentiellement comme une volonté d'équilibre dans le mouvement. *La vocation médiane du Doyen de Toulouse apparaît à chaque instant.*

On le vérifiera dans le corps de cet ouvrage dans ses analyses de droit administratif. On peut le vérifier en quelques courts développements dans ses théories constitutionnelles.

(100) *Ibidem*, p. 203. Hauriou au contraire souhaite toujours voir étendre les pouvoirs du juge (de même d'ailleurs qu'il ne veut pas que l'administrateur soit enserré dans des normes rigides mais au contraire agisse au nom de la bonne administration ; voir première partie, chapitre I, section II, paragraphe 3). Ce n'est pas un hasard si Hauriou fut un grand annotateur d'arrêts qui lui paraissent être une source principale du droit. Ce n'est pas non plus un hasard s'il a été un « grand précurseur » de la théorie des principes généraux des droits ainsi que le qualifie à juste titre M. Jeanneau dans sa thèse sur « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative ». Ces principes ont permis d'étendre les pouvoirs du juge.

(101) *Ibidem*, p. 204.

(102) Hauriou pense même que le joug de la philosophie kelsénienne est pire pour le droit que celui de la théologie : car la théologie catholique pose le primat de la liberté humaine, l'ordre divin se proposant à l'homme par la grâce tandis que l'ordre du panthéisme idéaliste s'impose à l'homme. « Cette philosophie du droit post-kantienne n'aura aucun succès en France... parce que ses tendances jurent avec celles du droit ». *Ibidem*, p. 204.

PARAGRAPHE 5

Les conséquences en droit constitutionnel.

C'est dans la première édition des Principes de droit public que Maurice Hauriou applique de façon systématique sa doctrine des équilibres au droit constitutionnel. « L'intérêt de ce chapitre sera de fournir une pierre de touche pour la donnée des équilibres. *Ou bien cette donnée n'a aucune valeur, ou bien si on l'introduit dans le droit constitutionnel, elle doit y devenir un principe d'ordre* » (103).

Le droit constitutionnel classique lui paraît vivre sur une collection de thèmes dont chacun, pris en soi, a été très fouillé mais la synthèse lui paraît absente. *Cette synthèse lui semble possible à partir de la doctrine de l'équilibre. L'équilibre constitutionnel fondamental réside pour lui dans le contrepoids de la nation et du Gouvernement qui sont deux éléments foncièrement distincts.* Tantôt, selon les époques, le Gouvernement est plus fort que la nation, tantôt la nation est plus forte que son gouvernement mais toujours les deux éléments s'affrontent. Les formes politiques seront très différentes selon que l'équilibre s'établit d'une façon ou d'une autre. « Les garanties constitutionnelles n'existent que lorsque la nation est plus forte que son gouvernement mais la santé constitutionnelle de l'Etat n'existe aussi que lorsque l'autonomie du gouvernement est reconnue et que libre jeu lui est laissé sous le contrôle de la nation souveraine » (104).

Le gouvernement tend toujours à centraliser tous les pouvoirs de direction, de contrôle et de protection; mais cette centralisation s'avérant vite menaçante pour la liberté, une réaction se dessine. Le droit constitutionnel a donc pour objet, selon Hauriou, les règles de la décentralisation politique, c'est-à-dire de l'équilibre à établir entre la centralisation et la décentralisation politique : ainsi, « il a pour objet la liberté politique, laquelle ne saurait résulter que de l'équilibre des forces politiques » (105).

Les développements autour desquels Hauriou articule son argumentation sont au nombre de trois.

— Critique de la théorie juridique de « la délégation » qui méconnaît le dualisme de la nation et du gouvernement et la nécessité de lui substituer la théorie de l'investiture qui respecte ce dualisme.

— Les équilibres du régime représentatif.

— La séparation des pouvoirs gouvernementaux.

(103) Principes de droit public, 1910, p. 417.

(104) *Ibidem*, p. 418.

(105) *Ibidem*, p. 418.

A. — CRITIQUE DE LA THÉORIE JURIDIQUE DE LA DÉLÉGATION.

« La plaie » du droit constitutionnel français lui paraît résider dans la théorie juridique de la délégation « qui procède de la manie métaphysique de tout ramener à un seul principe » (106). Cette conception se heurte à un certain nombre de difficultés.

a) *La première difficulté est de concilier l'homogénéité du pouvoir délégué par l'Etat avec la diversité des compétences techniques que supposent les fonctions publiques.* L'Etat délègue-t-il seulement la puissance publique, c'est-à-dire un certain pouvoir de contrainte, ou bien délègue-t-il les compétences techniques qui permettent de remplir ces fonctions ? *Aux yeux d'Hauriou, les compétences techniques sont dans une large mesure autonomes.* Cependant, si la puissance publique ne les délègue point, au moins les contrôle-t-elle.

b) *Une seconde difficulté est de concilier la délégation du pouvoir ou de la compétence avec le fait d'autonomie qui se manifeste dans les fonctions publiques.*

L'agent envoyé dans un district par le gouvernement muni d'instructions soit pour assurer la police, soit pour lever les impôts, soit pour rendre la justice, soit pour surveiller l'enseignement va se trouver aux prises avec les exigences de sa fonction et percevoir une différence sensible entre les suggestions logiques de celle-ci et les instructions qu'il a reçues de ses chefs hiérarchiques. En même temps, il s'aperçoit que les exigences mêmes de sa fonction lui donneront un pouvoir propre qui ne provient pas de la délégation. « Nous appellerons pouvoir de magistrature ou pouvoir d'office cette autorité non déléguée que donne la fonction » (107).

Ainsi, selon Hauriou, un équilibre finit par s'établir dont le principe est le suivant : sans doute la puissance publique a-t-elle le choix du fonctionnaire, mais une fois nommé celui-ci doit appartenir à sa fonction (et dans une certaine mesure sa fonction doit lui appartenir de façon à lui créer une indépendance) (108).

On peut bien qualifier les pouvoirs du fonctionnaire de pouvoirs délégués comme on dit « administration déléguée » ou « justice déléguée ». « Mais que vient faire ici l'idée de délégation ? En quoi un pouvoir d'autonomie apparaît-il comme un pouvoir délégué alors qu'il semblerait plutôt qu'il y ait opposition entre l'idée d'autonomie et celle de délégation » (109).

La difficulté s'accroît encore avec le fait de la décentralisation administrative : dans ce domaine, la théorie de la délégation a été

(106) *Ibidem*, p. 419.

(107) *Ibidem*, p. 421.

(108) Sur ce point voir Première partie, chapitre II, section V. Ces développements constitutionnels jettent une lueur nouvelle sur sa théorie administrative de la possession des fonctions publiques.

(109) *Ibidem*, p. 422.

contrainte d'abdiquer ». La personnalité juridique des départements et communes a été un obstacle à une tentative de cette théorie car elle leur suppose des droits propres. Si les communes n'avaient pas de droits propres d'administration, elles ne seraient pas des personnes administratives. En somme, la théorie de la délégation était une des données et une des conséquences de la centralisation absolue, *elle est devenue insoutenable depuis le développement de la décentralisation*.

c) *Dans les matières constitutionnelles, la théorie de la délégation est en contradiction avec le principe des constitutions écrites* pour la raison que les pouvoirs et les compétences étant réglés par la loi constitutionnelle, « la prétendue délégation de ces pouvoirs et de ces compétences ne serait qu'une délégation législative, c'est-à-dire une fiction » (110).

De plus, la théorie de la délégation conduit à des résultats fâcheux car elle suppose la confusion du pouvoir de la nation et du pouvoir du gouvernement qui sont en réalité distincts. En les confondant, elle détruit leur équilibre. Cette confusion s'est produite en ce sens que l'on a supposé tous les pouvoirs et toutes les compétences concentrées dans la nation et délégués par celle-ci au gouvernement, désormais commis de la nation (111). Or, pour Hauriou, quelque respect que l'on ait pour les intuitions révolutionnaires, il faut les soumettre à la critique.

Les contradictions internes de la théorie se manifestent avec le gouvernement représentatif : le gouvernement représentatif n'est pas un simple commis de la nation *puisque le représentant du droit public se distingue du mandataire en ce qu'il a un droit d'autonomie*. « La pierre d'achocement est toujours l'autonomie. Il est clair que là où il y a une autonomie, il y a droit propre et non pas pure délégation » (112).

Dans ce cas, la contradiction est double : d'une part, l'autonomie du gouvernement représentatif contredit l'idée de délégation ; d'autre part, la délégation contredit le principe de l'inaliénabilité de la souveraineté puisque déléguer l'exercice de la souveraineté à des représentants qui jouissent d'une autonomie, c'est l'aliéner. C'est à propos des représentants du peuple, du corps législatif, des élections qu'on s'est rendu compte de l'impossibilité d'analyser le système en une simple délégation avec mandat impératif. Mais l'impossibilité n'est pas moindre en ce qui concerne le pouvoir exécutif qui jouit lui aussi d'une grande autonomie.

(110) *Ibidem*, p. 425.

(111) C'est très exactement la doctrine de l'article 3 de la Déclaration des droits de 1789. « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation, nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément ».

(112) *Ibidem*, p. 427.

Pourrait-on dire alors que la nation souveraine a la jouissance de tous les pouvoirs et de toutes les compétences mais qu'elle n'en aurait que la jouissance étant obligée d'en déléguer l'exercice à son gouvernement ? Il semble bien que cette conception soit encore inacceptable aux yeux d'Hauriou :

— d'une part, la nation ne peut retenir des pouvoirs de gouvernement qui sont perpétuellement délégués;

— d'autre part, sur un plan plus juridique, il est impossible de concevoir qu'un sujet de droit n'ayant que la jouissance des droits serait contraint d'en déléguer l'exercice. Ou bien faudrait-il comparer la nation aux incapables du droit civil (mineurs, déments) qui sont dans cette situation juridique ?

d) *De plus, trois faits importants ne sont pas expliqués par la théorie de la délégation.*

— L'histoire des relations de la nation et du gouvernement;

— Le fait de la sujétion;

— Le fait de la décentralisation.

L'histoire des relations de la nation et du gouvernement s'explique, selon Hauriou, fidèle à des théories dialectiques, par un antagonisme constant entre la nation et le gouvernement. Tantôt la nation fut plus forte, tantôt le gouvernement fut plus fort. Le gouvernement fut plus fort au moment des lents accroissements du pouvoir royal en France au Moyen Age et l'abaissement progressif des barons féodaux qui représentaient alors la décentralisation nationale. Au XVIII^e siècle, la nation au contraire se reconstitue autour de la société bourgeoise, devient plus forte que le gouvernement et fait la révolution de 1789.

« La nature des pouvoirs du gouvernement est d'être des droits de domination; il exerce le droit de légiférer, de rendre la justice, de faire de l'action directe pour réaliser ses services; quand il est le plus fort, il les exerce comme des pouvoirs propres avec une autonomie entière; s'il cesse d'être le plus fort, son autonomie peut être limitée par un contrôle de la nation, mais pourquoi les pouvoirs de domination cesseraient-ils de lui être propres ? » (113). On constate objectivement que le gouvernement, quoique subordonné, a conservé une valeur propre; alors il faut s'incliner devant les faits. *Hauriou affirme avec force qu'une théorie juridique ne doit jamais violenter les faits.*

— Une théorie de la sujétion est impossible dans le cadre de l'idée de délégation. Envers qui la nation serait-elle sujette si tous les pouvoirs émanent d'elle-même ? Elle serait sujette d'elle-même ce qui est à la fois absurde et sans intérêt. Quelle construction adopter alors ? En fait Hauriou veut retenir la doctrine de la Herrschaft qui admet les droits de domination de l'Etat; mais il l'équilibre par la souveraineté de la nation. « Au lieu d'une seule perspective, on en a

(113) *Ibidem*, p. 429.

deux » (114). Les individus obéiront au gouvernement titulaire des droits de domination. *La nation elle-même obéira à plus petit que soi (le gouvernement) car si elle demeure souveraine, ce qui lui permet de changer de maître, elle doit obéir au maître qu'elle s'est librement choisi. On reconnaît bien là le goût d'Hauriou pour les thèses médianes, éclectiques, qui lui permettent de rendre compte de la complexité du réel.*

— Enfin, la délégation de souveraineté, c'est l'assemblage informe de la nation et du gouvernement. Or, avec cet assemblage, il est impossible d'expliquer les faits de la centralisation et de la décentralisation. Ce sont deux forces qui luttent l'une contre l'autre. Tout s'éclaire si l'on observe que la centralisation est la force propre du gouvernement de l'Etat et que la décentralisation est la force propre de la nation. Au contraire, tout devient obscur avec la théorie de la délégation qui confond nation et gouvernement.

Hauriou propose donc de substituer globalement à la théorie de la délégation sa théorie personnelle de l'investiture : « La donnée de l'investiture diffère de celle de la délégation en ce qu'elle n'implique pas une transmission de pouvoir; déléguer quelqu'un c'est l'envoyer en lui conférant un pouvoir; investir quelqu'un, c'est lui dire : Vous exercerez votre pouvoir propre mais vous l'exercerez en mon nom et dans mon intérêt » (115).

Ainsi l'investiture respecte chez l'agent investi le caractère autonome de son pouvoir avec une certaine orientation. Dans la théorie de l'investiture, il y a trois éléments : l'autonomie de l'agent investi, l'obligation d'agir au nom du maître et l'investissement, c'est-à-dire les précautions prises pour que l'agent se renferme dans son action autonome *in nomine magistri*. Ce dernier élément est d'ailleurs le plus important aux yeux du droit constitutionnel puisqu'il est la garantie de la liberté en ligotant les pouvoirs publics.

A ces trois éléments proprement juridiques, Hauriou ajoute d'ailleurs un quatrième élément très psychologique : l'avantage tiré de la fonction. Le meilleur moyen d'investir un agent au sens des garanties à prendre contre lui est de l'investir d'une situation avantageuse qu'il serait menacé de perdre s'il n'agissait pas avec droiture. Ainsi les élus du peuple sont-ils tenus par la crainte de ne pas être réélus.

Sans doute peut-il être paradoxal d'expliquer les problèmes constitutionnels modernes par la vieille théorie féodale de l'investiture. Mais Hauriou donne ici une explication lumineuse : la délégation de la souveraineté est une doctrine de centralisation et dès que l'Etat décentralise, il est inévitable que par « quelque côté il se rapproche de la décentralisation féodale ».

Ainsi les représentants du peuple sont de ces mandataires du droit romain ou de ces commissionnaires en marchandise qui agissent au

(114) *Ibidem*, p. 431.

(115) *Ibidem*, p. 434.

mieux des intérêts de leurs mandants mais sans recevoir d'eux un mandat impératif et sans pouvoir être révoqué avant la fin de leur mandat.

Mais Hauriou ne se contente pas de cette première analyse. Il veut « balayer » les survivances inutiles de la théorie de la délégation.

B. — LES ÉQUILIBRES DU RÉGIME REPRÉSENTATIF.

Hauriou organise son argumentation autour de deux axes :

La nation n'est organisée constitutionnellement que lorsque tous les pouvoirs de gouvernement sont aux mains d'organes qu'elle investit et qui sont des organes de gouvernement.

Tous les organes investis par la nation y compris l'organe législatif sont des organes de gouvernement.

a) La première proposition érige en maxime juridique le fait de la séparation de la nation et du gouvernement. Quel est son fondement ?

Une première justification peut être tirée de l'incompétence radicale de la nation pour exercer des pouvoirs de gouvernement. Légiférer, cela ne consiste pas seulement à donner son adhésion à une proposition de loi déjà élaborée mais également à préparer cette proposition. Or, la nation en est incapable.

Mais aux yeux d'Hauriou, la grande justification du gouvernement représentatif, c'est l'équilibre qui résulte de la séparation du gouvernement et de la nation. *Cet équilibre assure la pondération du pouvoir mais il assure aussi une plus grande puissance gouvernementale et administrative.* « Cela tient d'abord à ce que le gouvernement se spécialisant dans ses fonctions acquiert une plus grande compétence et ensuite à ce que étant en perpétuel dialogue avec la nation au sujet des affaires publiques, il prend le rôle d'un mécanisme constructeur qui invente continuellement de nouveaux projets pour les soumettre à la nation » (116).

La traduction juridique des situations respectives de la nation et du gouvernement réside, on l'a vu, dans la théorie de l'investiture dans laquelle la nation n'a qu'un pouvoir propre qui est celui de refuser d'obéir, partant de choisir les maîtres auxquels elle entend obéir. Ce pouvoir suffit pour assurer sa souveraineté. Ainsi le pouvoir de la nation est-il essentiellement constituant et électoral. Les élections sont bien l'opération fondamentale dans laquelle est réalisé l'équilibre : l'élu dirigera mais l'élu pourra ne pas être réélu.

b) Encore faut-il démontrer que tous les organes investis par la nation, y compris l'organe législatif, sont des organes de gouvernement.

Cette proposition heurte seulement les habitudes du langage qui réservent le terme de gouvernement au seul organe exécutif. Or, nous

dit Hauriou, les ministres sont des organes du gouvernement, ils en sont même le rouage essentiel. Or, que peut faire un ministre s'il n'est pas soutenu pas une majorité fidèle au Parlement ? (117). De plus, au Parlement, l'atmosphère politique change; le député n'est plus l'élu d'une circonscription mais un membre du gouvernement. *L'Assemblée politique, considérée en soi, obéit à des préoccupations gouvernementales.*

L'auteur reconnaît d'ailleurs qu'il n'en fut pas toujours ainsi et que ce n'est que progressivement que le Parlement est devenu rouage de gouvernement. Ainsi, les Etats généraux de l'Ancien régime, réunis pour un laps de temps très court et à intervalles très longs, n'étaient pas des rouages de gouvernement.

Mais si le corps législatif est un organe du gouvernement, alors c'est le gouvernement qui fait la loi, ce n'est plus la nation. Le propre de la loi est de contenir une obligation de la nation. Dans la loi, le peuple s'oblige. Mais quel est le rôle exact du Parlement dans la procédure à la suite de laquelle la nation va se trouver obligée ?

Selon Hauriou, le Parlement n'a pas mandat d'accepter la loi. Son rôle est d'imposer la loi en vertu d'un pouvoir de domination. Dans la procédure de la confection de la loi, il y a toujours une proposition de la loi par le gouvernement (le corps législatif étant organe de gouvernement) et acceptation de la loi par le peuple. C'était vrai au temps des comices romains : le magistrat proposait la loi au peuple et celui-ci l'acceptait. En régime représentatif, la distinction de la proposition et de l'acceptation subsiste. Quand le corps législatif devient un Parlement, il ne se tient pas à ce rôle de simples comices qui fut celui du corps législatif du consulat et de l'Empire; il acquiert le pouvoir législatif complet. Par là, l'équilibre fondamental de la loi paraît compromis parce qu'on ne sait plus comment se traduit l'acceptation de la loi par la nation.

Mais un nouvel équilibre surgit en fait. Sans doute la loi est-elle désormais acceptée et proposée par le gouvernement mais de plus en plus elle apparaît provisoire et révisable. « Il semble que les lois votées ne soient-elles mieux que des propositions de lois et qu'elles ne puissent devenir des lois véritables que par une acceptation plus définitive de la nation » (118). La loi n'est plus votée que sous bénéfice d'investiture. De fait, la quantité de lois inappliquées est considérable et celles que l'on a fait appliquer *manu militari* au lendemain du vote sont-elles souvent tombées dans l'oubli (119).

(117) Cet argument n'est pas très convaincant. En effet que peut faire un gouvernement qui n'est pas soutenu par l'opinion publique (qu'il s'agisse d'un régime parlementaire ou d'un régime présidentiel). Dira-t-on alors que l'opinion publique doit être qualifiée d'organe de gouvernement ? C'est absurde et c'est pourtant le raisonnement du Doyen Hauriou.

(118) *Ibidem*, p. 445.

(119) Cette observation est d'un grand réalisme politique. Sans que le Doyen de Toulouse le dise, il semble qu'il fasse allusion en particulier aux lois anti-congréganistes.

Ainsi l'équilibre s'est-il reconstitué sous une autre forme. On pourrait en tirer une conséquence plus extrême : la pratique du référendum rendrait plus solide encore l'équilibre car plus précaire encore le règne de certaines lois (119 *bis*).

C. — LA SÉPARATION DES POUVOIRS GOUVERNEMENTAUX.

Dans le cadre de la théorie de la délégation, les pouvoirs gouvernementaux n'étant qu'une émanation de la souveraineté de la nation, la séparation des pouvoirs exécutif et législatif était une séparation de la souveraineté elle-même, ce qui entraînait de grandes difficultés. Il était impossible de concilier logiquement l'individualité de la souveraineté avec la séparation des pouvoirs. Avec la théorie de l'investiture, tout change. La souveraineté de la nation consistant simplement dans le pouvoir suprême qu'a la nation de donner son investiture à tous les organes du gouvernement reste indivisible, qu'il y ait un seul organe ou plusieurs organes. La raison pour laquelle il y a séparation des pouvoirs « qui à la vérité ne peut être aperçue que de notre point de vue des équilibres, c'est qu'il fallait créer un équilibre » (120).

La fonction exécutive est la plus ancienne. Elle s'analyse en l'action directe avec coercition et contrainte. Tous les procédés d'action directe qu'un gouvernement peut employer pour assurer l'existence du groupe et sa propre existence relèvent de la fonction exécutive.

La fonction législative et la fonction juridictionnelle ne sont pas du même ordre que l'exécutive en ce qu'elles ne constituent pas de

(119 *bis*) Dans son article à la Revue philosophique de 1930, M. Eisenmann interprète la théorie des équilibres constitutionnels du Doyen Hauriou dans le sens d'une théorie élitiste : c'est toujours l'élite qui serait avantagée par les équilibres. Nous sommes en total désaccord avec cette interprétation. Dans la perspective d'Hauriou, les équilibres ne limitent pas seulement le pouvoir de suffrage (masse inorganisée) mais encore le Parlement. Celui-ci n'est pas aussi démocratique que veut le croire M. Eisenmann dans son article car s'il est issu du suffrage populaire, il acquiert très vite une vie autonome élitique qui lui fait adopter des positions souvent en désaccord avec les grandes tendances de l'opinion nationale. C'est en tout cas le point de vue de la science politique moderne (confert toute la campagne des Professeurs Duverger et Vedel en faveur du régime présidentiel. En particulier « Demain la République » de M. DUVERGER et article à la Revue Banque et Bourse (1956) de M. VEDEL). C'était déjà le point de vue d'Hauriou qui considérait le Parlement comme un groupement d'élites qu'il fallait limiter. Et il le limite par sa théorie des équilibres. Enfin Hauriou limite cet autre groupement d'élites que constitue le Gouvernement. Notre interprétation entre ainsi en totale contradiction avec celle du Professeur Eisenmann. M. Eisenmann semble avoir toujours considéré Hauriou comme un défenseur inconditionnel de la puissance publique (voir Cours de doctorat 1953-1954, p. 281). Il n'a pas aperçu que Hauriou tentait systématiquement de la limiter. Il ne l'a pas aperçu parce que, selon nous, ainsi qu'il l'avoue lui-même dans son article précité (p. 256) la théorie de l'institution ne lui paraît pas « caractéristique de la pensée juridique d'Hauriou ». Or la théorie de l'institution est la source de tous les équilibres et de toutes les limitations.

(120) *Ibidem*, p. 447.

l'action directe, mais au contraire de l'action indirecte. Ces trois fonctions sont cependant de puissance inégale : si l'Exécutif et le Législatif peuvent se lier réciproquement, le juge ne pourrait suspendre un seul instant la puissance exécutive ou la puissance législative. *Selon Hauriou, il n'y a donc guère jusqu'ici dans les Etats modernes que deux pouvoirs constitutionnels effectifs et la séparation des pouvoirs n'a réalisé qu'un équilibre à deux* (121).

Hauriou pense que si jamais les organes juridictionnels doivent entrer dans la vie constitutionnelle, c'est qu'alors un autre des pouvoirs leur cèdera la place. « Quelque paradoxale que puisse paraître pareille affirmation, il n'est pas chimérique de penser que dans une société très décentralisée et en même temps très instituée, le gouvernement pourrait n'être qu'une sorte de grand juge et serait représenté par le Conseil d'Etat » (122). Dans cette perspective, l'action directe subsisterait dans les rouages administratifs mais elle tendrait à disparaître dans les rouages du gouvernement pour faire place à une tutelle teintée de juridiction.

Hauriou reconnaît qu'on peut lui faire une objection : après avoir séparé le pouvoir propre du gouvernement et le pouvoir propre de la nation, après avoir observé leur équilibre, il faut bien en venir à rétablir l'unité de l'Etat. Comment alors rétablir cette unité sans rapporter à un même sujet à la fois les pouvoirs du gouvernement et ceux de la nation et comment apporter au même sujet ces deux pouvoirs sans les ramener à l'unité ?

Hauriou répond qu'en droit constitutionnel, la notion de personnalité juridique est inutile parce qu'il ne s'agit pas de relation avec autrui mais uniquement de l'organisation interne de l'Etat. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de rapporter à un même sujet les pouvoirs du gouvernement et ceux de la nation, ni à les confondre. On peut « reconstituer l'unité de l'Etat en observant que c'est une unité pratique constituée par la convergence et l'équilibre des deux éléments du gouvernement et de la nation. *C'est, il est vrai, une synthèse purement pratique...* » (123).

L'équilibre et la transaction pratique marquent donc non seulement les thèses de philosophies générales de notre auteur, non seulement ses thèses de philosophie juridique, mais encore ses thèses de droit constitutionnel. Il y a déjà une présomption pour que l'équilibre

(121) *Ibidem*, p. 450. « Au reste l'équilibre à trois dans l'ordre social comme dans l'ordre mécanique paraît être d'une réalisation difficile ». Est-ce à dire que le pluralisme d'Hauriou se ramène finalement à un dualisme ? Tout ce que l'on peut dire est que les analyses d'Hauriou tendent généralement au dualisme. Par exemple, en droit administratif, on décèle un balancement très net du droit privé au droit public (voir deuxième partie, chapitre I). Mais logiquement il admet le pluralisme.

(122) Cette vision fait songer à l'image que les marxistes se font de la société pleinement communiste. Plus de police, plus de contrainte, l'administration réduite à un arbitrage rendu par un organe central qui coordonnerait l'action des divers pouvoirs économiques très décentralisés.

(123) *Ibidem*, pp. 469-470.

en mouvement soit encore le thème de ses analyses proprement administratives.

Nous allons retrouver ce thème et loin de le plaquer artificiellement sur la pensée administrative d'Hauriou, on s'apercevra qu'il s'en dégage de façon très naturelle et qu'il constitue le fondement même de la pensée administrative de notre auteur (124).

D'ailleurs, il a tout à fait conscience de la cohérence de son système lorsqu'il affirme que la méthode qu'il doit suivre en droit administratif doit être dualiste « car si j'ai ramené à l'unité les tendances objectives et les subjectives qui se disputent le droit administratif, c'est uniquement par une synthèse pratique inspirée des nécessités de la vie et par un procédé qui est familier à celle-ci, la combinaison du principe et de l'exception » (125).

Dans sa perspective, la conception juridique subjective sera le principe ou la règle, l'objective sera l'exception « ainsi que l'exige la vie administrative qui a besoin d'un parti pris ». *Mais cette synthèse pratique suppose que scientifiquement, il admette la coexistence des deux éléments.*

La méthode dualiste lui paraît se résumer en trois éléments.

— Admettre que l'unité des faits sociaux est le résultat d'une synthèse purement pratique opérée par la vie sociale et que, à l'analyse, tout fait social se résout en éléments complexes.

— Pour discerner les éléments composants d'un fait social, se placer au point de vue dynamique, c'est-à-dire admettre que les éléments composants importants sont des forces qui réagissent les unes sur les autres. « Je ne crois pas que cette règle de méthode nous ait mal servi quand nous avons cherché ici même à déterminer les éléments composants du droit administratif... Nous avons dressé en pied l'opposition de la voie d'autorité et de la voie de gestion, c'est-à-dire de l'emploi du pouvoir et de celui du commerce des échanges... Or, il n'est pas douteux que ces éléments ne soient des forces en conflit... Elles nous ont servi utilement aussi quand dans la matière des fonctions publiques remarquant le conflit si fréquent entre les instructions de la puissance publique et les exigences de la fonction, nous en avons conclu qu'il y a dans la fonction un élément de commission ou d'investiture et un élément d'office social » (126). Ceci rejoint d'ailleurs l'exemple précédent, l'investiture étant l'action du pouvoir, l'office répondant aux besoins. Or, l'autorité correspond à la zone du pouvoir et le commerce des échanges, la gestion correspondent à la zone du besoin (127).

(124) Sur ce point, première et deuxième partie (en particulier chapitre I de la deuxième partie et sa section III).

(125) Précis de droit administratif, 1903. Préface, p. XXIX.

(126) *Ibidem*, p. XXX-XXXI.

(127) Hauriou remarque que ces deux éléments sont proches des deux éléments proposés par le sociologue Tarde « que j'avoue pour mon maître en dualis-

— Enfin, la troisième règle de méthode peut s'énoncer ainsi : pour discerner parmi les formes composantes celle qui domine ou dominera les autres, *il faut admettre que tout système de forces en mouvement cherche son état d'équilibre et savoir que les équilibres plus stables sont ceux fondés sur la prédominance des forces les plus subjectives*. Or, le droit privé est le monde idéal du droit subjectif, partant le monde plus stable et ceci explique la prépondérance que Maurice Hauriou accorde au droit privé dans l'élaboration du droit administratif. Droit plus stable, droit plus ancien, sa priorité est historique, ontologique (la stabilité est liée au droit subjectif) et morale (la vie privée doit passer avant la vie publique) (128).

On sait que sa position est sur tous les plans pluraliste. Mais ce pluralisme en droit administratif a une conséquence très remarquable. Nous approuvons ici entièrement M. Waline qui nous dit que « c'est grâce à son aversion du monisme qu'Hauriou a pu jouer un grand rôle dans la formation du droit administratif français » (129). En effet, un moniste ne peut approuver l'application de règles de droit différentes aux agents publics et aux personnes privées. Ainsi que le rappelle à juste titre M. Waline, Duguit se révoltait contre l'idée d'un droit administratif autonome car, dans son système, tous les rapports juridiques devaient être appréciés dans une seule et même interprétation, qu'il s'agisse ou non de l'administration : l'esprit de justice. *Au contraire, le pluralisme d'Hauriou lui permet de trouver normal l'avenir d'un droit propre à l'administration fondé sur les nécessités de la vie administrative.* « Et il a pu ainsi contribuer pour une très large part à l'érection du droit administratif en une branche autonome du droit » (130).

De ces analyses de philosophie générale à ses recherches particulières de droit administratif, nous croyons avoir pu dégager des liens profonds que nous révélerons tout au long de cet ouvrage. Cet exposé sommaire des idées philosophiques et constitutionnelles de notre auteur devrait nous avoir permis d'écarter un premier type de difficultés tenant à la liaison du système général et des analyses particulières d'Hauriou. On doit cependant tenter encore de vaincre un

me, le désir et la croyance ». Il y a cependant cette différence que le désir et la croyance sont des faits de psychologie individuelle et non pas des faits sociaux tandis que le pouvoir et les besoins sont des forces sociales toutes créées.

(128) Sur tous ces points voir deuxième partie, chapitre I, section I.

(129) « Les idées maîtresses de deux grands publicistes français : Léon Duguit et Maurice Hauriou ». Année politique, 1930, p. 57.

(130) *Ibidem*, p. 57. Nous n'avons rien à reprendre à cette dernière formule qui prouve toute la cohérence de l'œuvre d'Hauriou y compris son œuvre administrative. Il semble seulement que cette intuition très exacte de M. Waline n'ait pas été par lui systématisée comme nous nous proposons de le faire dans cet ouvrage. Il nous présente encore un Hauriou très intuitif, quelquefois incohérent. En ce qui nous concerne, nous avons préféré insister davantage sur forte cohérence du système général d'interprétation que sur l'intuition d'Hauriou. Il n'en reste pas moins que cette intuition de M. Waline est très juste et a fécondé l'ensemble de notre recherche.

second type de difficultés : pour éviter l'imputer à notre auteur des découvertes déjà faites par ses devanciers, il importe, en s'aidant de certains travaux, d'élaborer une histoire sommaire de la doctrine administrative française (section III).

SECTION III

ESQUISSE D'UNE HISTOIRE DE LA DOCTRINE ADMINISTRATIVE

Il semble que la Révolution de 1789 ait joué un rôle décisif dans l'histoire de la naissance du droit administratif français et ceci pour trois raisons ainsi que le montre d'ailleurs Maurice Hauriou (131).

1) *D'abord, la Révolution française, tout en conservant les tendances centralisatrices de l'Ancien Régime fit table rase de toutes les institutions du passé.* Elle détruisit les anciennes organisations et juridictions qui avaient gêné la juridiction des intendants et du Conseil du Roi, non seulement les Parlements mais les vieilles cours administratives devenues finalement indépendantes du pouvoir central.

« La juridiction administrative qu'elle organisa se trouva donc sans adversaires et n'eut ni à lutter ni à ménager; elle était seule dans son vaste domaine et put s'y installer à son aise. Elle bénéficia des traditions et n'eut pas l'embarras des survivances du passé » (Hauriou, article précité, p. 75).

Pendant la période révolutionnaire, toute la juridiction administrative qui existait sous l'Ancien Régime morcelée et dispersée se regroupa au sein du pouvoir central et fut ensuite redistribuée à des juridictions dans l'organisation de l'An VIII. Ainsi on a pu dire que la juridiction contentieuse se retrempe dans la juridiction gracieuse qui est sa source naturelle et se régénéra en redevenant pour un temps le recours hiérarchique.

2) *La juridiction administrative eut l'ambition de constituer un droit et la liberté de le faire.*

— Elle en eut l'ambition car les hommes de ce temps, êtres respectueux de la *toute Raison*, croyaient sincèrement à la création d'un monde nouveau. Cette époque connut une inflation de textes juridiques en tous genres qui venaient se substituer au droit ancien et ne pouvait manquer d'être attirée par la construction de systèmes juridiques nouveaux.

— Elle eut la liberté de le faire parce que cette inflation de textes n'avait pas concerné la matière du droit administratif. Ainsi que le dit Maurice Hauriou, « Le Code qui tua pour un temps la juris-

(131) Etude sur le droit administratif français. Extrait du « Répertoire du droit administratif », § 6, n° 75.

prudence civile, qui arrêta dans cette branche du droit l'élan de la Révolution, fut épargné à la jurisprudence administrative » (131 bis).

3) Enfin la crise révolutionnaire elle-même semble avoir joué un rôle dans la mesure où l'Etat jusqu'alors associé à une famille royale faisait apparaître des hommes, des corporations, des organisations concrètes et non l'idée abstraite de l'Etat. *Mais tout cela se modifie avec 1789 qui voit la naissance de cette idée abstraite.* Le principe même de séparation des pouvoirs permet de laisser deviner à travers la pluralité même des organes l'unité de la substance de l'Etat. A travers un organe unique on eût pu confondre la personne et la fonction. *A travers plusieurs organes qui agissent tous au nom de l'Etat, sa personne abstraite se révèle.*

De plus, les progrès de la décentralisation et de la séparation des pouvoirs permettront de révéler mieux encore cette personnalité abstraite combinée avec les autres personnalités abstraites des collectivités locales.

Mais ces progrès furent fort lents, ce qui explique en partie la lenteur de la doctrine du droit administratif à s'élaborer.

Au départ, ce qui a frappé les commentateurs était la nouveauté de ce droit. Cette opinion fut exprimée dès le début par de Gerando, Cormenin et Boulatignier. On fit remarquer que le droit administratif ne pouvait exister à part que si les juridictions chargées de l'appliquer étaient elles-mêmes séparées des juridictions ordinaires. On pensait, en d'autres termes, qu'il ne pouvait y avoir de droit administratif sans séparation des pouvoirs. Le droit administratif ne pouvait donc remonter plus haut que le début de la Révolution.

En effet, ce qui frappait surtout dans l'observation de la période anté-révolutionnaire, c'était la confusion qui y régnait entre le pouvoir judiciaire et administratif (132).

Ainsi peut-on après Maurice Hauriou dessiner trois phases de l'histoire de la doctrine administrative :

- une phase d'élaboration secrète (1800-1818) ;
- une période de divulgation (1818 - 1860) ;
- une période d'organisation (1860 - 1890).

La description d'une quatrième période (1890 - 1927) sera sommairement esquissée et permettra de constater, à propos de quelques grands problèmes, la disparition de certaines erreurs, séquelles des périodes antérieures (132 bis).

(131 bis) Article précité, n° 76.

(132) Cette idée est peut-être contestable. Ainsi que le note Hauriou, la séparation des pouvoirs existait avant la Révolution mais elle n'avait pas la même portée puisque la juridiction des intendants était gênée par les Parlements et par les vieilles cours de justice administratives. « Quoi qu'il en soit — ajoute l'auteur — l'idée qu'on se fait des choses a plus d'action que la réalité objective ». Conception très moderne et sociologique de l'histoire.

(132 bis) Une précaution s'impose : cette histoire du droit administratif français constitue une simple esquisse dérivée en partie de l'article précité d'Hauriou.

PARAGRAPHE 1

La période d'élaboration secrète : 1800-1818.

Dès que le Conseil d'Etat eut été réorganisé par la Constitution du 22 frimaire an VIII, article 52, et que, par l'arrêt du 5 nivôse an VIII, il eut été chargé des conflits et des affaires contentieuses dont la décision était auparavant remise aux ministres, il commença d'y avoir une jurisprudence administrative. Mais il ne se créa des traditions solides dans ce contentieux qu'à partir du décret du 22 juillet 1806 qui organisa au sein du Conseil d'Etat un comité spécial du contentieux et donna aux affaires contentieuses une procédure différente de celle des affaires administratives.

Mais au départ cette jurisprudence fut ignorée du public, de l'administration, des avocats au Conseil et ... des conseillers d'Etat eux-mêmes. La procédure secrète ne pouvait être suivie que des parties.

D'ailleurs, à cette époque, le Conseil d'Etat inspirait quelque suspicion. On voyait dans le Conseil un corps politique et dans les premières années de la Restauration ce fut un prétexte à des attaques violentes contre sa juridiction. La plupart des contestations qu'il devait régler furent à caractère politique en même temps que juridique (133).

Au surplus le gouvernement de la Restauration, jusqu'à l'ordonnance du 1^{er} juin 1828, fit un abus du conflit; en évoquant devant le Conseil d'Etat des affaires qui n'avaient rien d'administratif, il lui donna des allures de Conseil du Roi.

Deux traités s'inscrivent dans cette période.

Le premier de de Portiez de l'Oise, directeur de l'Ecole de droit de Paris et chargé du cours de droit administratif, s'intitule « Cours

Il est impossible aujourd'hui d'aller au-delà : une histoire fouillée, minutieuse, complète de la doctrine administrative correspondrait à la rédaction non d'une autre thèse mais d'un monumental traité. Dès lors, pourquoi conserver ces analyses ?

— D'une part, une histoire même sommaire permet d'éviter (dans une erreur de perspective assez courante) d'imputer à Hauriou des découvertes déjà faites par ses devanciers.

— D'autre part, il n'est pas indifférent dans le cadre d'un ouvrage portant sur la contribution d'Hauriou au D.A. Français de connaître l'idée que se faisait le Doyen de Toulouse de l'histoire du droit administratif, même si cette idée est encore invérifiable.

Mais l'essentiel sur ce point reste à élaborer : l'histoire du droit administratif et des doctrines administratives du XIX^e et du XX^e siècle constitue un champ de recherche immense et encore très peu exploré. Sur cette époque voir cependant F. Von MOHL, « die Geschichte und Literatur Staatswissenschaften » (1858), 3 volumes.

(133) Hauriou en donne deux exemples : domaines nationaux, réintégration des émigrés dans les biens non vendus, des émigrés, majorats, etc., toutes choses qui irritaient et passionnaient dans les sens les plus contradictoires des intéressés nombreux.

de législation administrative dans l'ordre correspondant à l'harmonie du corps social ». L'auteur y adopte le plan suivant : il envisage l'homme depuis sa naissance jusqu'à sa mort en le faisant passer par tous les rapports qu'il peut avoir avec l'administration tout au long de sa vie. Ce plan fut-il construit dans un esprit humoristique ou sérieusement ? On ne le saura jamais.

Le second est de Charles-Jean Bonnin et s'intitule « Principes d'administration publique ». Pour cet auteur, le droit n'existe pas, il n'y a que la loi. Il n'existe que trois pouvoirs dans la société : le gouvernement, l'administration, la justice, ces deux derniers étant d'ailleurs des formes du gouvernement.

Dans ces ouvrages, on ne trouve donc rien de fécond.

PARAGRAPHE 2

La période de divulgation : 1818-1860.

Cette période est beaucoup plus riche. « La France, après avoir vécu vingt-cinq années au jour le jour du spectacle des événements vertigineux qu'elle créait, s'arrête, se recueille, regarde autour d'elle et chez elle » (113 bis).

Trois hommes apparaissent comme les ancêtres du droit administratif français : Macarel, de Gerando, Cormenin.

La divulgation se fait en trois ans.

Macarel débute en 1818 par un livre qui a un grand retentissement, « Les éléments de jurisprudence administrative ». C'était l'analyse de la jurisprudence du Conseil depuis 1806 sur toutes les matières à lui soumises. Macarel avait analysé plus de quatre mille dossiers et tenté d'en extraire quelques règles générales. Peut-être ces règles n'étaient-elles pas très sûres mais — ainsi que le note Hauriou — le service énorme rendu était la publication de matériaux restés jusque là secrets. La même année, Sirey publiait le texte des arrêts analysés par Macarel.

En 1819, de Gerando inaugurait à la Faculté de Droit de Paris un cours de droit public et administratif créé par une ordonnance du 24 mars (et supprimé pour des raisons d'ailleurs obscures en 1882). De Gerando qui était un philosophe (134) ne chercha pas son inspiration dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. Il se plaça du point de vue du but du droit administratif plutôt qu'à celui de ses règles intimes; mais il faut constater qu'il recueillit et classa des textes législatifs qu'il devait plus tard publier dans ses *Institutes*.

A la suite de ces premiers travaux, il se crée dans les esprits un mouvement vers le droit administratif. La revue *Thémis*, fondée en

(113 bis) Hauriou, article précité, n° 80.

(134) Il avait écrit une « Histoire comparée des systèmes de philosophie » en huit volumes et un « Traité du perfectionnement moral » en deux volumes.

1819, publie des articles de Macarel et de Cormenin et il se publie des recueils et des monographies (135).

La plus importante de ces œuvres est celle de Cormenin : « *Questions de droit administratif* » (1842). Cormenin classe les matières par ordre alphabétique et « chaque matière est traitée suivant une méthode géométrique en un certain nombre de théorèmes d'où se déduisent des conséquences numérotées » (Hauriou, article précité). Ce procédé avait le défaut de pousser à l'absolu les principes résultant de lois très transitoires. Mais l'intérêt de l'ouvrage résidait surtout dans le soin mis à réunir les textes, à dépouiller la jurisprudence, à faire la bibliographie de chaque matière (135 *bis*).

Un nouvel essor fut donné aux études par le mouvement libéral de 1828 et la révolution de 1830. En 1834 se fonde « La revue de législation française et étrangère », puis, en 1835, « La revue de législation ». De Gerando reprend son cours en 1828 et des chaires de droit administratif sont créées partout en France.

D'ailleurs, une ordonnance de 1828 sur le Conseil d'Etat restreint l'arbitraire en matière de conflits et une série d'ordonnances en 1830 réforment la procédure, la rendent publique et en partie orale et instituent un ministère public.

Cormenin poursuit son œuvre de divulgation dans son ouvrage qui s'intitule « *Traité de droit administratif* ». Les matières nouvelles sont introduites. Une foule de bulletins ou d'annales destinés aux différents services portent à la connaissance des particuliers et de l'administration active les solutions aux problèmes essentiels.

Apparaissent enfin des ouvrages d'ensemble où Maurice Hauriou croit devoir distinguer deux espèces :

- des ouvrages créateurs;
- des ouvrages vulgarisateurs.

1) *En tête des ouvrages créateurs*, Hauriou place les Institutes de Gerando (1830), immense travail de bénédictin, conçu suivant le procédé géométrique de Cormenin avec des règles générales numérotées, théorèmes assortis de conséquences appuyées sur des analyses de textes (135 *ter*). La même année paraît un ouvrage de Bouchier-Lefer en quatre volumes intitulé « *Droit public et administratif* ». Dans cet ouvrage, l'auteur analyse les dispositions législatives et régle-

(135) ALLETZ, « *Dictionnaire de la police moderne* », 1823, BAUDRILLARD, « *Traité général des eaux et forêts* », 1823, DAVENNE, « *Recueil méthodique des lois et règlements sur la voirie* », 1824, MACAREL, « *Ateliers dangereux* », 1828, RAYNOUARD, « *Histoire du droit municipal* », 1829, etc.

(135 *bis*) Voir LACHARRIÈRE, R.D.P., 1941, pp. 151 et 333, « Cormenin politique, pamphlétaire et fondateur du droit administratif » et sous le même titre, Paris, L.G.D.J., 1941, Préface du Doyen BONNARD ; voir de même Paul BASTID, « un juriste pamphlétaire, Cormenin précurseur et constituant de 1848 », Hachette (1948).

(135 *ter*) Pour une analyse plus critique de Gerando, voir Berlia, R.D.P., 1944, p. 285, « *L'œuvre juridique de Gerando* ».

mentaires publiées ou non et leurs conséquences sur toutes les matières d'intérêt public.

Macarel, en 1838, en collaboration avec Boulatignier, publie un *Traité* demeuré inachevé sur le « Tableau de la fortune publique en France » qui était un ouvrage de législation financière. En 1844, succédant à de Gerando dans la chaire de la Faculté de Droit de Paris, il publie son « Cours de droit administratif » professé depuis deux ans. Une place toute particulière doit être faite aux ouvrages portant sur le contentieux. Il y en eut deux :

— Le premier de Serrigny s'intitulait « *Traité de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative* » (1842).

— Le second de Chauveau intitulé « *Principes de la compétence administrative* » (1841). Mais, ainsi que le note le Doyen Hauriou, les quelques idées justes étaient défigurées par une terminologie tellement singulière qu'elle eut peu d'influence scientifique (136).

Ces ouvrages joints aux travaux de Vivien distinguaient trois groupes de matières administratives :

— Les matières qui n'étaient pas de la compétence des juridictions administratives parce qu'elles étaient de celle des juridictions ordinaires.

— Les matières qui étaient de la compétence des juridictions administratives et où des recours contentieux étaient ouverts aux parties.

— Les matières qui n'étaient pas de la compétence des juridictions administratives parce qu'elles restaient dans le domaine de l'administration discrétionnaire et qu'elles échappaient à tout recours.

Cette classification, inexacte aujourd'hui puisque se référant à la notion d'actes discrétionnaires échappant par eux-mêmes au recours pour excès de pouvoir, avait le mérite de reconnaître que certaines matières étaient susceptibles de donner lieu à des recours pour excès de pouvoir toutes les fois que des droits étaient violés. *Les auteurs reconnaissent implicitement qu'il existe des actes de l'administration conférant aux particuliers des droits stables et solides.*

Sans doute y eut-il quelques hésitations dans la distinction des deux recours : le recours contentieux ordinaire fondé sur un droit violé, le recours pour excès de pouvoir sur l'intérêt froissé. Cette distinction était mauvaise car fonder le recours ordinaire sur l'idée de droits antérieurement constatés, c'était empêcher d'en constater des nouveaux. Aussi une autre distinction se substitua à la précédente : *le recours contentieux ordinaire est celui qui donne au juge des pouvoirs de pleine juridiction, le recours pour excès de pouvoir est celui qui ne donne que des pouvoirs d'annulation.*

(136) Ainsi de la définition du contentieux dont on appréciera au passage la pureté linguistique. « Il y a contentieux toutes les fois qu'un intérêt spécial émanant de l'intérêt général se trouve discuté en contact avec un droit privé ». Cela signifiait-il : Toutes les fois que l'administration, par un acte particulier, avait violé un droit privé ? Dans ce cas, il s'agit simplement d'une définition déjà donnée par Serrigny et Vivien.

2) *Les ouvrages de vulgarisation* apparaissent très nombreux dès que l'enseignement du droit administratif est organisé dans les Facultés de province (137).

« De tout ce travail, il était résulté qu'en trente ans... le droit administratif inconnu à l'administration elle-même était connu maintenant non seulement des administrateurs, mais des citoyens. Il était encore confus, embrouillé, mais enfin il était connu » (137 bis).

Ainsi aux approches de la Révolution de 1848, songea-t-on à créer une école d'administration qui fonctionna pendant deux ans au Collège de France (D. du 8 mars 1848 — Loi du 9 août 1849). Boulatignier et Branche y enseignèrent. Mais le Coup d'Etat de 1852 renversa provisoirement la situation. Alors qu'une loi du 3 mars 1849 avait supprimé la fiction de la justice retenue, le Conseil d'Etat fut réorganisé en 1852 sur ses nouvelles bases et la jurisprudence devint tout à fait timide. Les discussions parlementaires, les libertés départementales et communales furent restreintes. Les cours de droit constitutionnel furent supprimés; les professeurs de droit administratif furent invités à se renfermer dans le commentaire des textes; les revues disparurent (137 ter).

PARAGRAPHE 3

La période d'organisation : 1860-1887 (137 quater).

Ainsi que le note le Doyen Hauriou, il y eut une solidarité de deux phénomènes différents : le décret du 24 novembre 1860, première manifestation de l'Empire dit parlementaire et libéral, rendit quelques libertés au corps législatif. *Par une sorte de contrecoup, le Conseil d'Etat se montra plus accueillant pour les réclamations contre les actes administratifs.* Le gouvernement sembla même encourager les recours en les dispensant par décret du 2 novembre 1864 du ministère de l'avocat et des frais autres que ceux du timbre et d'enregistrement. Les lois sur les conseils généraux et sur les conseils municipaux de

(137) FOUCART, à Poitiers, publie en 1834 des « *Eléments de droit public et administratif* » ; CHAUVEAU, à Toulouse, en 1838 un « *Programme d'un cours de droit administratif* » ; F. LAFERRIÈRE, à Rennes, en 1839 un « *Cours de droit public et administratif* » ; TROLLEY, à Caen, en 1849 un « *Cours de droit administratif* » ; SERRIGNY, à Dijon, un « *Traité de droit public* » (1845). Il faut ajouter les documents et revues nombreuses, les travaux de rassemblement d'arrêts de membres du Conseil d'Etat, les cours oraux dans les facultés.

(137 bis) Hauriou, article précité, n° 81.

(137 ter) Le professeur Maurice Duverger insiste sur la connexion étroite existant entre le régime politique et la faveur ou la défaveur pour l'enseignement du droit public. « *Thémis, Institutions politiques et droit constitutionnel*, 1963, p. 1 et suiv. ».

(137 quater) 1887 met un terme à une époque : c'est la date de parution de la 1^{re} édition du *Traité de Laferrière*.

1866 et 1867 allaient rentrer dans les voies de la décentralisation et préparer les lois plus complètes de 1871-1884 (138).

Cette période est marquée par l'organisation et le classement de la science administrative plus que par sa diffusion.

Il y avait eu auparavant des tentatives de classification mais il s'agissait avant tout de faire connaître. On prenait l'administration comme objet direct d'étude de façon très externe sans songer qu'elle n'était qu'un résultat, que les opérations administratives ne sont intéressantes pour le juriste que « s'il les considère comme produites par l'exercice de certains droits ou de certains pouvoirs de l'Etat et que le véritable objet du droit administratif, ce sont ces droits et ces pouvoirs » (138 bis).

Ce qui semblait embarrasser les auteurs, c'était les règles qu'on ne pouvait rattacher à l'organisation administrative, c'est-à-dire les règles relatives aux rapports de l'administration avec les particuliers. Foucart et plus tard Ducroq tentèrent de rattacher le plus possible les règles administratives à l'étude des libertés individuelles en les considérant comme des restrictions de ces libertés. Par exemple, l'expropriation pour cause d'utilité publique, au lieu d'être étudiée en soi et comme opération administrative était étudiée comme restriction au droit de propriété individuelle. Cette conception était évidemment liée à une certaine conception de l'Etat libéral au sens économique et politique du terme. Cependant deux auteurs eurent l'idée de tirer « des entrailles même » du droit administratif l'idée organisatrice de ce droit. Il s'agit, en 1861, de Bathie « Introduction générale au droit public et administratif » (138 ter) et Dareste « La justice administrative en France » (1862). Cette idée était d'appliquer au droit administratif le plan des *Institutes* : les personnes, les choses, les modes d'acquérir « ces trois éléments sont de l'essence d'un droit quelconque; ils se retrouvent nécessairement dans les matières administratives, à moins que l'on refuse le nom de droit à cette législation ». L'idée n'était pas neuve puisque Chauveau l'avait émise en 1838 dans son « Programme d'un cours de droit administratif » et il semble même que celui-ci l'avait puisée dans le programme d'un Cours de Gerando publié par la Revue Thémis en 1819 (139).

(138) La décentralisation est considérée par Maurice Hauriou avec raison comme très favorable au développement des problèmes juridiques dans la mesure où elle fait éclore l'idée de personnalité juridique des collectivités publiques source d'un nombreux contentieux.

(138 bis) Hauriou, article précité, n° 85.

(138 ter) Sur Bathie voir Roger Vidal, R.D.P., 1956, p. 804 « Bathie et les débuts de l'organisation scientifique du droit administratif ». Dans cet article, l'auteur montre que les « institutes » ne compromettent pas l'autonomie du droit administratif. Il montre également que Bathie prépare la construction de la personnalité morale envisagée sous l'angle du droit administratif.

(139) Sur ce point voir article HAURIU, « L'influence des « Institutes » sur les modes de classification du droit », Revue critique, 1887 et nos développements en deuxième partie, chapitre I, section I.

Mais les auteurs de 1860 systématisèrent cette idée. Le premier résultat de cette méthode fut d'isoler le contentieux et de le séparer des règles de fond du droit. Jusque là, on avait rapproché l'étude des juridictions de celle des autorités administratives. *Dès lors, on les séparait.*

Le second résultat fut de donner une place aux matières énumérées au hasard sous la qualification « matières administratives ». Presque toutes en effet, expropriation, travaux publics, impôts, étaient des modes d'acquérir. Mais cette classification nouvelle était encore critiquable pour trois raisons.

1) *Dans les catégories proposées, on juxtaposait des éléments très différents.* Ainsi, dans la catégorie des personnes du droit administratif, les établissements d'utilité publique assujettis à une certaine tutelle administrative étaient joints aux communes et aux établissements publics.

Dans la catégorie des choses, le domaine privé et le domaine public se côtoyaient alors qu'ils ne sont pas possédés par les personnes du droit administratif au même titre.

Enfin, dans la catégorie des modes d'acquérir, toutes les opérations étaient mêlées, alors que les unes semblables au commerce privé s'opposent aux autres qui mettent en œuvre des moyens de puissance publique.

2) *Certaines matières comme les matières de police restaient en dehors de cette classification.*

3) *Dans le détail, rien n'était construit.* Ainsi, les actes d'administration n'étaient rattachés par aucun lien à la théorie de la personnalité. Deux auteurs ont alors cherché à remédier à ce troisième défaut :

Ducroq d'abord dans son « Cours de droit administratif » mit un grand soin à cataloguer les pouvoirs des conseils généraux et des conseils municipaux. Grâce à lui, il apparut nettement :

- que ces conseils ne sont que les représentants des personnes administratives « cachées derrière »,
- que leurs attributions consistent à exercer des droits appartenant à ces personnes administratives.

Aucoc dans ses « Conférences sur le droit administratif » (1869, 1^{re} édition et 1885, 3^e édition) fit pour la première fois un examen approfondi des actes d'administration et de la théorie du recours pour excès de pouvoir. Le résultat de cette étude fut de préparer les esprits à voir dans l'acte d'administration une décision, une manifestation de volonté de la personne administrative. Sans doute confondit-on jusqu'en 1872 acte d'administration et acte de juridiction mais le Conseil d'Etat à partir de cette date dissipa la confusion (140).

(140) Sur ce point LAFERRIÈRE, « Traité de la juridiction administrative », 1^{re} édition, t. I, p. 400 et suiv.

Ainsi ces deux auteurs rattachèrent-ils toute la catégorie des actes d'administration à la théorie de la personnalité, ce que le Doyen Hauriou systématisera, en faisant de la personnalité morale l'un des centres de sa conception du droit administratif.

PARAGRAPHE 4

Quatrième période,

« Conservation, progrès, simplification » : 1887-1927 (141).

Nous n'étudierons pas dans ce paragraphe l'évolution des moindres questions en analysant les positions de chaque auteur, ce qui serait entrer dans le vif du sujet et dépasser l'objectif de cette simple introduction. On se contentera de tenter de saisir à grands traits les changements de cette période.

Ainsi que le note Achille Mestre « Lorsque nous interrogeons les hommes qui avaient vingt ans vers 1870 sur les souvenirs que leur ont laissés leurs études juridiques, ils ne manquent pas de faire une allusion assez peu bienveillante aux leçons de droit administratif qu'ils ont reçues de maîtres cependant très distingués... Les temps sont changés... Ce changement nous apparaît comme bien naturel si nous rapprochons des livres de droit administratif de ces époques » (Mestre, article précité). *Dans le cours de Ducroq, il n'est question que d'autorités de conseils et tribunaux; la description prend nettement le pas sur la construction juridique.* Les règles administratives se présentent non comme manifestations d'une conception d'ensemble mais comme restrictions parcellaires et incohérentes aux droits de la puissance. Enfin partout « des distinctions et sous-distinctions, des classements, des numérotages, des textes législatifs ou réglementaires cités *in extenso* et s'étendant parfois sur des pages entières » (Mestre, article précité).

Le Précis d'Hauriou (par exemple la 11^e édition de 1927) paraît au contraire dominé par le contentieux, très fouillé pour une part dans la partie spéciale qui lui est consacrée, mais rayonnant pour la plus large part à travers l'œuvre entière. Les solutions législatives n'y tiennent plus une place prépondérante; elles se combinent sans cesse avec les décisions jurisprudentielles.

Ainsi en cinquante ans une transformation s'était-elle produite et Maurice Hauriou a certainement joué un rôle fondamental dans cette évolution ainsi qu'on tentera de le montrer dans le corps de l'ouvrage.

(141) Ces qualificatifs sont empruntés à Achille MESTRE. Article sur « L'évolution du droit administratif de 1869 à 1919 ». Bulletin de la Société de législation comparée, n^{os} 7-12, 1927 est l'année de la 11^e et dernière du Précis de droit administratif du vivant d'Hauriou.

Quelles furent les manifestations générales de cet esprit nouveau qui concernait Hauriou comme toute son époque ?

On peut, à la suite de Mestre, en donner quelques indications rapides en cinq points :

- Le recours pour excès de pouvoir.
- La théorie du ministre-juge.
- La responsabilité de l'Etat pour faute de service.
- La responsabilité des communes.
- La théorie de l'Etat débiteur.

a) *Dans le Précis d'Hauriou on trouve cinquante pages sur le recours pour excès de pouvoir* (recevabilité, fins de non-recevoir, ouverture, procédure, effets de la décision). En 1870, le recours pour excès de pouvoir dont l'exercice avait pourtant été facilité par le décret du 2 novembre 1864 qui l'avait dispensé du ministère d'avocat est seulement décrit en une seule page dans l'ouvrage de Ducroq. D'autres auteurs comme Dufour identifient recours pour excès de pouvoir et recours pour incompétence, en les distinguant du recours pour violation des formes et de la loi; par ailleurs le détournement de pouvoir ou la violation du droit sont ignorés.

b) *La doctrine du ministre-juge était dominante en 1870*. Elle expliquait logiquement la liaison du contentieux : puisque le ministre avait statué et que sa décision avait la valeur d'un jugement, il acceptait cela même que la décision fût déférée au Conseil d'Etat, de même qu'un juge de première instance, par le fait qu'il statue, consent à l'appel.

Mais on sait qu'à la suite de Laferrière et de la première note d'Hauriou qui portait précisément sur l'arrêt Cadot (et qui approuvait vigoureusement cette jurisprudence) le Conseil d'Etat s'était considéré comme juge de droit commun.

c) *La responsabilité de l'Etat pour faute de service n'était nullement admise aux environs de 1870* : « s'il est un principe fondamental en droit administratif, c'est que pour tout ce qui est des exigences de l'intérêt général, l'administration n'a de comptes à rendre à personne et ne relève que d'elle-même... Comprend-on que le pouvoir social puisse être pris à partie pour cause de partialité, de négligence, d'incapacité, disons le mot comme coupable de faute !... à cette hauteur l'être responsable a disparu » (142).

En la matière, l'idée générale est donc l'irresponsabilité de l'Etat pour le fonctionnement des services publics.

Or, on sait que la théorie de la faute de service moins de quarante ans plus tard devait jouer un rôle de tout premier plan qui venait contrebalancer l'effet des droits exorbitants de l'administration (143).

(142) DUFOUR, « *Traité général de droit administratif appliqué* », p. 146, t. V.

(143) Jusqu'en 1870 au Recueil des arrêts du Conseil d'Etat on ne trouve pas

d) *On avait très longtemps hésité à soumettre la responsabilité des communes aux principes qui régissent la responsabilité de l'Etat.* La plupart des auteurs considéraient vers 1870 avec Ducroq que les communes étaient soumises à cet égard aux règles du droit privé et par suite aux articles 1382 et suivants du Code civil. On considérait en effet la commune moins comme une personne administrative que comme une communauté de voisins quasi familiale.

Il est clair que les nouvelles doctrines en matière de responsabilité de l'Etat ne pouvaient qu'avoir un effet décisif en matière communale. Désormais la responsabilité de la commune est soumise en principe aux mêmes règles que celles de l'Etat.

e) *Enfin la théorie de l'Etat-débiteur en vertu de laquelle il appartient à l'autorité administrative seule de statuer sur les dettes de l'Etat :* Cette théorie, peu fondée juridiquement, avait pour but d'écarter l'intervention des tribunaux civils dans un certain nombre d'hypothèses où l'administration jugeait opportun d'être jugée par ses propres tribunaux et au cas notamment où les deniers de l'Etat étaient en jeu. Or cette théorie a été abandonnée et le principe de séparation des pouvoirs tel qu'il a été interprété par la jurisprudence du Tribunal des conflits depuis 1872 a permis de mieux asseoir la frontière des compétences.

Ainsi que le note Achille Mestre, « dans leur ensemble, les tendances nouvelles du droit administratif s'inspirent d'un esprit de conservation, de progrès, de simplification » (article précité).

« Les prérogatives indispensables, les privilèges essentiels de l'administration tels qu'ils résultent de la législation consulaire et de l'esprit qui a présidé à son établissement demeurent intacts » (article précité). La fonction de conservation est donc remplie.

Mais ils sont maintenus en des limites raisonnables et c'est là le progrès. Les droits des particuliers vis-à-vis de l'administration se développent dans les deux branches du contentieux (144).

Sur plusieurs points le droit se simplifie. Ce n'est plus le chaos d'autrefois où seul l'ordre alphabétique pouvait apporter une illusion d'ordre. L'unification des règles relatives à la responsabilité et la soumission du droit de bien des matières qui y ont échappé ont agi fortement dans le sens de la simplification. Mais sur ce point on pouvait apercevoir dès 1922 (comme on le constate aujourd'hui) qu'il appartient au Tribunal des conflits de réaliser de nouvelles simplifications

une seule décision ayant appliqué à l'Etat la théorie de la faute de service. On y trouvait seulement des décisions relatives à des contentieux spéciaux notamment aux dommages causés aux propriétés ou aux personnes par des travaux publics. Mais on sait que ces décisions ne sont pas fondées sur la théorie de la faute de service.

(144) Mestre ajoute d'ailleurs qu'un mouvement récent tend à rapprocher les deux recours trop longtemps séparés par une cloison étanche. Ici Mestre semble très influencé par les prophéties d'Hauriou sur l'inévitable fin du recours pour excès de pouvoir, voir deuxième partie, chapitre II, section I, § 3.

particulièrement désirables en matière de répartition des compétences » (145).

Quelles raisons peut-on donner de l'évolution considérable de la doctrine en moins de cinquante ans ?

Deux raisons semblent apparaître clairement :

— L'évolution de la législation.

— L'importance des auteurs.

A. — *La législation constitutionnelle de l'Empire libéral ne fut pas favorable au Conseil d'Etat considéré comme organe politique. Mais les attributions juridictionnelles du Conseil d'Etat furent maintenues et même développées* (décret du 2 novembre 1869). C'est de la fin du Second Empire que date l'élargissement du recours pour excès de pouvoir. C'est de là que date la double vocation du Conseil d'Etat comme gardien vigilant des prérogatives administratives mais encore comme protecteur des intérêts individuels. Bientôt la loi du 24 mai 1872 transforme la justice retenue en justice déléguée. Aux termes de l'article 9 de la loi, le Conseil d'Etat devient désormais une Cour « souveraine ». Les diverses lois décentralisées, notamment celles du 10 août 1871 et du 5 avril 1884, agissent également dans le sens du développement du contentieux et par suite du droit administratif.

B. — *La qualité des auteurs n'a pas joué un moins grand rôle.*

On a déjà parlé d'Aucoc qui, au-delà d'un intérêt apparent pour la matière des Travaux publics, avait en fait été attiré par les grands problèmes du droit administratif. Il ne consacre pas moins de cent pages à l'examen des problèmes généraux soulevés par l'existence et le fonctionnement de la justice administrative et sa théorie du recours pour excès de pouvoir reste un modèle. *Mais Aucoc n'a pas été servi par son époque.* Il lui aurait fallu plus de recul pour apprécier la portée des réformes.

Laferrière put jouir aisément du recul : Les éditions de son « Traité de la juridiction administrative » courent dans les dernières années du siècle. *Laferrière joue un très grand rôle de synthèse.* Ainsi qu'il le dit lui-même « la synthèse doit être faite avec prudence... mais elle peut être réalisée dans toutes les questions parvenues à maturité... Telle est la méthode qui nous paraît s'imposer pour expliquer les principes du contentieux administratif et leur application aux diverses branches de l'administration. Je dis à dessein « les principes » car c'est à tort que la jurisprudence administrative est quelquefois représentée comme un assemblage de décisions particulières dont on ne saurait dégager les doctrines générales » (Introduction à la 1^{re} édition, I, p. XIII) (146).

(145) Article Mestre, précité, 1922. Ce problème est très actuel. Il suffit seulement de songer au récent arrêt du Tribunal des conflits. Société de l'Autoroute Estérel-Côte d'Azur, 8-7-1963, A.J.D.A., 1963, II, p. 484.

(146) Ainsi que le note Achille Mestre, l'œuvre de Laferrière constitue comme

Un jeune avocat de vingt-huit ans fut, en 1869, deux fois condamné pour délits de presse à des peines de prison et d'amende, arrêté, inculpé de complot contre la sûreté intérieure de l'Etat, condamné à un mois de prison et à 200 francs d'amende pour avoir accusé le Préfet de police de « légèreté coupable ». Rien ne laissait pressentir que ce contestateur devait dix ans plus tard devenir Président de la Section du Contentieux du Conseil d'Etat (147). Il s'appelait Edouard Laferrière. Le 19 septembre 1870, le Gouvernement de la Défense nationale le nomme Maître des Requêtes à la Commission provisoire chargée de remplacer le Conseil d'Etat. Il devient très vite commissaire du Gouvernement réputé et en 1879, après un bref séjour à la Direction générale des cultes, il est nommé Président de la Section du Contentieux et garde cette magistrature jusqu'au 19 janvier 1886, date du décret qui le porte à la vice-présidence du Conseil d'Etat. Entre-temps, il avait inauguré un cours de doctorat à la Faculté de Droit de Paris intitulé « La juridiction administrative et les recours contentieux » (1883) et c'est en 1887 que paraît la première édition du « Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux » (148), la 2^e édition datant de 1896.

Quel a été l'apport fondamental de Laferrière ? Cette question n'est pas seulement importante en soi. Elle l'est aussi parce qu'un rapide examen des notes d'arrêts du Doyen Hauriou des différentes éditions du Précis de droit administratif montre que Laferrière est l'auteur le plus cité et le plus commenté. Ainsi que le note Maurice Hauriou « ce traité auquel dans le passé aucun n'est comparable est un véritable modèle par la façon dont y sont utilisées l'histoire et la législation comparées par la conscience avec laquelle sont analysés les arrêts, par les vues synthétiques qu'il renferme et la largeur de touche avec laquelle il est rédigé » (149).

Dans la jurisprudence ainsi consciencieusement présentée, l'idée d'une double personnalité administrative, l'une de puissance publique, l'autre de puissance privée se dégageait de plus en plus; de là, la distinction des opérations de puissance publique et des autres qui n'ont point ce caractère.

En même temps il apparaissait que « la personnalité administrative peut absorber toute la puissance publique, l'Etat ou la commune agissant en leur qualité de personne, d'être moral, non seulement

toutes les œuvres de grande envergure, non seulement au point d'arrivée, mais aussi au point de départ. C'est ce double aspect qui lui a permis d'être signalée dans la troisième période 1860-1890 en même temps que dans la quatrième 1890-1920. On peut même penser que c'est sous son angle de point de départ qu'elle a le plus d'importance.

(147) Sur tous ces détails et d'autres encore voir « Edouard Laferrière », par Louis BERTRAND, E.D.C.E., 1956, p. 145.

(148) Le reste de sa carrière importe moins ici. Gouverneur général de l'Algérie en 1898, Procureur général à la Cour de Cassation, Grand Croix de la Légion d'Honneur, il meurt prématurément le 2 juillet 1901.

(149) Maurice Hauriou, article précité, n° 86.

quand ils font une opération pécuniaire de puissance publique, par exemple quand ils exproprient, mais quand ils font de la police... ».

« Arrivée à ce point, la théorie de la personnalité comprend tout, explique tout, organise tout » (Hauriou, référence précédente). En effet, désormais tous les rouages de l'administration apparaissent comme des personnes administratives qui s'expriment par des organes qui sont des autorités administratives. Les actes par lesquels ces actes sont exercés prennent le nom d'actes d'administration. Les droits de ces personnes sont des droits de personne publique et des droits de personne privée (150). Enfin, « la compétence des juridictions administratives est entraînée, soit par la nature spéciale de l'acte d'administration (la décision exécutoire), soit par la nature spéciale des droits de puissance publique » (Hauriou, même référence).

Cette méthode nouvelle allait évidemment dans le sens d'une évolution plus moderne en s'opposant à la méthode individualiste déjà exposée de Foucart et Ducroq.

Au lieu de considérer le service militaire comme une charge imposée à la personne, on le considère comme un droit de l'Etat. Au lieu de considérer l'expropriation pour cause d'utilité publique comme une charge sur les biens, on la considère comme un droit de l'Etat. C'était considérer implicitement que l'Etat n'était plus aussi coupable d'intervenir dans certaines matières. Peut-être le danger était-il que cette méthode tendait à élargir les droits de l'Etat ? Il fallait alors des contrepoids et c'est peut-être le rôle fondamental de Maurice Hauriou que d'avoir sans cesse tenté de limiter la Puissance Publique. Nous tenterons de montrer ce rôle tout au long des développements de cet ouvrage.

De plus quelques contributions particulières encore que très importantes sont à mettre à l'actif de Laferrière.

En premier lieu, il faut signaler la théorie générale de la compétence qu'a construite cet auteur : Pour que la juridiction administrative soit compétente, il faut que le caractère administratif résulte de la nature même de l'acte et non pas de la qualité de son auteur ou du but qu'il se propose. « Les facultés » qui sont égales pour tous dans les rapports des individus entre eux, le sont aussi dans leurs rapports avec l'administration lorsque celle-ci fait en vue d'intérêts généraux ce qu'un simple citoyen pourrait faire en vue d'intérêts particuliers. Mais ces facultés ne sont plus égales entre les individus et l'administration lorsque celle-ci exerce la puissance qui lui a été déléguée. Ce n'est

(150) A un esprit convaincu de l'unité logique du droit, il paraît scientifiquement invraisemblable que l'Etat possède deux personnalités : une de personne publique, une de personne privée. Mais Hauriou qui avait horreur des théories logiques mais abstraites n'était pas du tout choqué par ce dualisme. Au surplus, il l'abandonnera plus tard au profit d'un autre dualisme : la personnalité juridique de l'Etat existant chaque fois que celui-ci est en relation avec autrui ; par contre la personnalité juridique de l'Etat disparaît chaque fois qu'il s'agit de son organisation interne. Sur ces points, voir section I, § 4 de l'introduction.

plus alors le principe d'égalité qui domine mais le principe d'autorité (Traité, 2^e édition, 1896, t. I, pp. 477-478).

Cette distinction des actes d'autorité et des actes de gestion deviendra caduque *mais il est certain que cette première théorie d'ensemble du droit administratif influencera nettement les premières éditions du Précis de droit administratif de Maurice Hauriou* (151).

En second lieu, la théorie générale du recours pour excès de pouvoir qu'il construit avec patience et élégance a certainement influencé le Doyen Hauriou. Au moins par son caractère systématique et synthétique lui a-t-elle permis de mieux bâtir ses propres théories. Laferrière est amené à poser le cas des actes dits de pure administration, c'est-à-dire ceux « que l'administration accomplit d'après sa libre appréciation afin de pourvoir aux intérêts généraux ou particuliers et non pour satisfaire à des droits ou à la loi » tels que les règlements administratifs édictés dans l'intérêt général, les moyens de police, les actes de tutelle administrative, les actes de nomination ou de révocation des fonctionnaires en l'absence de textes. Il admet dans ces cas le recours. Sont en revanche exclus du recours les actes administratifs n'ayant pas le caractère de décisions exécutoires (152).

La qualité de la partie s'apprécie en fonction de l'aptitude juridique de celle-ci et de son intérêt à obtenir l'annulation de l'acte attaqué. Cette notion d'intérêt direct et personnel se différencie clairement de l'analyse d'Aucoc reposant sur l'idée d'un droit lésé.

De plus, la condition de recevabilité tirée de l'absence de recours parallèle posait quelques problèmes : Une partie de la doctrine entendait assigner à l'époque au Conseil d'Etat juge de l'excès de pouvoir une qualité de juge souverain de la légalité administrative exclusive de tout dessaisissement motivé par la compétence concurrente d'une autre juridiction. En revanche, d'autres ne reconnaissaient au recours pour excès de pouvoir qu'un caractère subsidiaire par rapport aux autres voies de droit. Ainsi que le note avec raison M. Bertrand dans son article précité, Laferrière conteste ce caractère mais admet la fin de non-recevoir résultant du recours parallèle direct pour des motifs tirés avant tout du respect dû à l'ordre établi des compétences juridictionnelles. « Cette dernière justification le conduit à un certain libéralisme lorsque le recours parallèle relève de la compétence du Conseil d'Etat. Ainsi sont ouvertes les voies de la jurisprudence Lafage (C.E., 8 mars 1912) » (Bertrand, article précité, p. 151).

En ce qui concerne les cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir, Aucoc avait déjà dégagé l'incompétence, le vice de forme et le détournement de pouvoir. Laferrière ajoutera la violation de la loi. Mais la violation de la loi n'est, à ses yeux, un moyen d'annulation que si elle constitue en même temps une atteinte à un droit. On verra

(151) Sur ce point, voir première partie, chapitre II, section I.

(152) Laferrière comprend dans cette catégorie « les actes dits discrétionnaires » dont Hauriou annonce la fin dans ses notes d'arrêts. Sur ce point, deuxième partie, chapitre II, section II.

que sur ce point cette analyse sera critiquée par Hauriou (153). La position de Laferrière apparaît d'autant plus paradoxale qu'il entendait en même temps maintenir un caractère objectif au recours pour excès de pouvoir. Il reconnaît à celui-ci la nature d'un procès fait à un acte et non à une partie et admet l'autorité absolue de la chose jugée à l'égard des tiers des décisions d'annulation (154).

Mais son œuvre n'a pas été seulement une œuvre de synthèse, fondation solide sur laquelle Hauriou et la doctrine Laferrière vont pouvoir s'appuyer : *sur deux points il amorce le progrès* :

- la doctrine du ministre-juge,
- la théorie de la faute de service.

— *La théorie du ministre-juge* ne pouvait survivre longtemps au système de la justice retenue et « devait succomber sous les coups de Laferrière » (Bertrand, article précité). Celui-ci relève d'abord qu'aucun texte ne charge les ministres de juger le contentieux administratif. Il démontre ensuite que la théorie du ministre-juge est en contradiction avec certains principes fondamentaux. Le juge ne se prononce pas d'office et doit être saisi; il appartient au contraire aux ministres de décider d'office sur les matières relevant de leur compétence. Le juge ne peut être partie au litige. Le ministre représente l'Etat devant la juridiction administrative. Le juge de première instance ne plaide pas devant le juge d'appel; le ministre plaide au contraire devant le Conseil d'Etat.

De nombreux arguments ont encore été dégagés par Laferrière. Celui-ci en déduisit que le recours direct devant la juridiction administrative était le seul concevable à l'encontre des décisions des autorités administratives électives et décentralisées vis-à-vis desquelles le ministre n'a pas la qualité de supérieur hiérarchique. Laferrière déduit de son argumentation une conséquence fondamentale. *Si les ministres ne sont pas juges ordinaires du contentieux administratif, cette fonction doit revenir au Conseil d'Etat statuant au contentieux avec toutes les garanties d'un tribunal organisé.*

Quelques années plus tard, l'arrêt Cadot ratifiait cette analyse chaleureusement approuvée par Hauriou dans sa note.

— La théorie de la faute de service est née d'une discussion relative à l'article 75 de la Constitution de l'An VIII qui subordonnait à une autorisation préalable du Conseil d'Etat les poursuites dirigées contre les fonctionnaires publics « pour des faits relatifs à leurs fonctions ». L'une des premières initiatives du gouvernement de la Défense nationale fut d'abroger cet article 75 par un décret du 19 septembre 1870.

Dans ses conclusions de 1871 sur l'affaire de Cumont et Stofflet (7 mai 1871), Laferrière avait estimé que l'article 75 destiné à proté-

(153) Voir deuxième partie, chapitre I, section I, sous-section II.

(154) En revanche, il accepte la tierce opposition en subordonnant sa recevabilité non pas au droit d'intervention mais à la méconnaissance du tiers opposant.

ger les fonctionnaires publics contre les poursuites téméraires ne contenait aucune règle de compétence et que, par suite, son abrogation pure et simple n'avait pu entraîner aucune modification à la répartition des litiges entre les divers ordres de juridiction telle qu'elle ressortait des lois des 16-24 août 1790 et 16 fructidor An III. Il avait alors distingué entre l'acte administratif en tant que tel qui peut être légal ou illégal mais dont les tribunaux judiciaires ne pouvaient jamais connaître et le fait personnel de l'agent, seul de nature à engager la responsabilité de celui-ci devant ces tribunaux.

Dans ses conclusions sur l'affaire Laumonnier Carriol (T.C., 5 mai 1877), Laferrière achève sa construction. « Si l'acte dommageable est impersonnel, s'il révèle un administrateur, un mandataire de l'Etat plus ou moins sujet à erreur et non l'homme avec ses faiblesses, ses passions et ses imprudences, l'acte reste administratif et ne peut être déféré aux tribunaux... ». Ainsi Laferrière fonda-t-il la notion de faute de service et celle de faute personnelle.

Sur ce point, on apercevra facilement que le Doyen Hauriou a trouvé faible ce fondement de la faute de service puisqu'il a tenté de donner à cette notion des bases constitutionnelles. Mais au moins cette notion avait-elle été dégagée et avait-elle permis la construction ultérieure du Doyen de Toulouse (155).

Sur ces deux derniers points comme dans son œuvre de synthèse, Laferrière contribua fortement au développement du droit administratif. Hauriou qui le cite sans cesse s'en sert abondamment tout au long de ses analyses. *Il s'en sert surtout comme on peut se servir d'une « somme » ou d'une encyclopédie : il puise sans cesse les éléments déjà organisés par son devancier pour bâtir sa propre maison* (156).

Mais pour savoir comment a été bâtie la maison, il n'est pas indifférent de connaître l'architecte (section IV).

SECTION IV

BIOGRAPHIE ET PORTRAIT DE MAURICE HAURIU

On tâchera d'exposer ici l'essentiel de sa vie et de sa carrière en insistant sur les événements qui ont pu jouer un rôle décisif sur sa pensée proprement administrative.

Maurice Hauriou est né le 17 août 1856 à Ladiville en Charente. Il fait des études secondaires brillantes (au lycée d'Angoulême) et obtient

(155) Sur ce point, deuxième partie, chapitre I, section II, sous-section II, paragraphe 1. Il ne faut d'ailleurs pas oublier qu'entre les arrêts de Cumont et Stofflet et l'arrêt Laumonnier-Carriol se situe l'arrêt Pelletier fondamental en la matière avec les conclusions de David (T. C. 30-7-1873, D. 1874.3.5).

(156) Dans le cadre de cette période de 1890 à 1927, Hauriou a joué un rôle décisif. Mais nous n'insistons pas ici sur sa contribution qui constitue l'objet de tout cet ouvrage.

le double titre de bachelier ès-lettres et de bachelier ès-sciences. A l'inverse de trop nombreux juristes, il n'oubliera jamais cette double et solide formation. On a déjà eu un aperçu de sa culture littéraire et philosophique dans la section II de cette introduction. Il suffit ici seulement de préciser qu'il n'a jamais perdu par non-usage sa culture initiale. Au contraire, il l'a sans cesse approfondie. « On n'en sait jamais assez », écrivait-il trois mois avant sa mort à son ami Jacques Chevalier (157).

En ce qui concerne sa bonne culture scientifique, il convient de rappeler les développements de ses « Leçons sur le mouvement social » qui sont une transposition du système de la thermo-dynamique dans l'étude des sociétés. A titre d'exemple, on citera la définition suivante. « L'énergie totale d'un système à un instant donné est le travail utile maximum qu'il est possible de se procurer en utilisant les vitesses acquises et les forces intérieures du système :

$$(t = p + \frac{m V^2}{2}) \text{ » (158). Et il transpose allègrement cette définition}$$

dans le cadre de l'étude d'une entreprise : la Maison Durand. De même, il cite et commente avec beaucoup d'aisance : « La thermo-dynamique » de Poincaré et le « Traité élémentaire de mécanique chimique » de Duhem (p. 124). De même, il propose après Auguste Comte une nouvelle classification des sciences. Les exemples pourraient être multipliés. On en retiendra encore un seul contenu dans une note d'arrêt. Il s'agissait d'un accident dû à un événement de force majeure. Hauriou affirme : « En effet, les accidents de tir survenus le 26 juin derniers sur le « Jules Michelet » aux Salins d'Hyères ont éclairé les catastrophes de « L'Iéna » et de « La Liberté » et singulièrement éclairci la question de la poudre B. Il semble maintenant acquis que la stabilisation de la poudre par l'alcool amylique primitivement employé était imparfaite, qu'il se produisait autour des gargousses un dégagement de vapeurs spontanément inflammables à des températures relativement basses et que ce sont des vapeurs amylo-nitreuses qui ont provoqué l'accident. Il n'y avait point nécessité de conserver comme stabilisateur l'alcool amylique. La preuve en est que, depuis octobre 1910, on y a renoncé et que l'on emploie la dyphenylamine. Par conséquent, il y avait, de la part de l'Etat, faute de service à avoir laissé fabriquer pour la marine pendant si longtemps une poudre dangereuse » (159).

Sa double culture littéraire et scientifique lui servira donc tout au long de sa⁹ carrière.

En 1876, à l'âge de 20 ans, il soutient, à Bordeaux, sa thèse de

(157) Lettre du 12 décembre 1928.

(158) Leçons sur le mouvement social, p. 23.

(159) Note sous l'arrêt Ambrosini, C.E. 10 mai 1912, S. 1912.III, p. 161, notes d'arrêts I, p. 511.

licence « *Du terme, en droit romain et en droit français* ». A vingt-trois ans, en 1879, il soutient sa thèse de doctorat « *Etude sur la condictio. Des contrats à titre onéreux entre époux* ». En 1881 et 1882, 1884, 1887, il publiera de nombreux articles de droit romain et d'histoire du droit.

Car Hauriou était un brillant romaniste. D'ailleurs, s'il fut reçu premier au concours d'agrégation de 1882, appelé grand concours (160), c'est en raison de sa très brillante composition écrite *Quaternus verum sit venditorem non obligari ut rem faciat emptoris* et de ses brillantes leçons de droit romain et d'histoire (161). A l'époque, le concours d'agrégation était un concours unique pour toutes les disciplines et ceci explique qu'un Duguit était un subtil romaniste.

Cette place de major n'étonna d'ailleurs personne tant ses leçons en conférence d'agrégation médusaient l'auditoire et le maître chargé de les diriger. Une fois reçu, Hauriou va continuer à publier des articles d'histoire du droit et de droit romain. Cela concordait d'ailleurs avec son enseignement. En effet, dès janvier 1883, il avait été chargé du cours d'histoire du droit à Toulouse. Il n'abandonna ce cours qu'en 1888.

Cette année là fut pour lui et pour nous tous décisive. Contre son gré, on l'attache à la chaire de droit administratif de Toulouse. Aucun des vieux maîtres de cette faculté ne voulait de cette chaire ingrate, de cet enseignement d'une science chaotique et inexistante. Ainsi qu'il arrive souvent, on l'imposa au jeune agrégé qu'il était. Il fut bien forcé de l'accepter. Or — et ceci est capital — il n'oublia jamais en droit administratif et en droit public, sa formation de privatiste et d'historien. Presque toutes ses analyses fourmillent de références au droit privé, au droit romain et à l'histoire (162).

En 1892, il publie la première édition de son Précis de droit administratif; dix éditions suivront en 1893, 1897, 1901, 1903, 1907, 1911, 1917, 1921 et 1927. Contrairement à ce qu'on pourrait croire, la première édition de son Précis fut très originale, en particulier en ce qui concerne la domanialité publique dont il révolutionne les fondements. Il y a là quelque chose d'émouvant et d'admirable. Ce jeune professeur, historien et privatiste s'attaque à une matière qu'il ignorait ou presque et propose immédiatement sans incertitude la théorie de la propriété. Il est le seul à le faire contre toute la doctrine (sauf Barkhausen à Bordeaux). Et ce jeune professeur se trouve avoir raison contre tous : ces théories seront admises plus tard (163).

Mais cette première édition du Précis fut l'occasion d'une ténébreuse affaire que nous n'avons pas réussi à éclaircir entièrement. Les développements d'Hauriou étaient certainement originaux. Mais

(160) « Grand » en raison du nombre de places (20) et de la qualité des reçus : Hauriou, Duguit, Michoud, Berthélemy.

(161) Il fit en particulier un exposé sur « La clause d'ameublissement » considéré comme un très beau modèle de leçon d'agrégation.

(162) Sur ce point, deuxième partie, chapitre I, section I.

(163) Première partie, chapitre II, section III.

le futur Doyen de Toulouse avait purement et simplement recopié le contenu de certains textes de lois dans l'ouvrage d'un auteur demeuré inconnu (malgré notre enquête à la librairie Sirey). Cet auteur probablement médiocre (ou génie méconnu...) voulut faire un procès à Maurice Hauriou. Comment entendait-il démontrer que celui-ci avait recopié les textes ? En prouvant qu'en bien des points ces textes étaient faux et contenaient de fausses références... Il n'aurait pas hésité à invoquer ses propres erreurs... De plus, le plagiat était fort mince puisqu'il ne concernait que quelques textes épars. Mais il tempêta et fit grand bruit. La librairie Larose n'eut pas de mal à convaincre Maurice Hauriou de faire très rapidement une seconde édition expurgée et c'est ce qui explique que la deuxième édition date de 1893, la première datant de 1892. Nous n'avons réussi à connaître ni le nom de l'auteur, ni les raisons obscures et en apparence absurdes de « ses tempêtes ».

En même temps que son ouvrage de droit administratif et de multiples brochures afférentes à cette matière, Hauriou élabore à cette époque ses fameuses « Leçons sur le mouvement social » et élabore sa « Science sociale traditionnelle » (1896), ouvrage fondamental de sociologie politique, complètement oublié aujourd'hui.

Il continue à enseigner le droit administratif et à publier régulièrement de nouvelles éditions du Précis de droit administratif. Détail humoristique : il propose en 1900 à son vieux camarade d'agrégation Léon Duguit d'élaborer à deux un traité général de droit administratif. Nous avons retrouvé la trace de cette proposition surprenante en dépouillant la correspondance d'Hauriou. Ce dépouillement nous a permis de trouver une réponse de Duguit datant de 1900 et déclinant très aimablement la proposition mais ne fermant pas les portes à l'avenir. Il est bien regrettable que cette proposition ne se soit pas réalisée. La doctrine du droit administratif aurait peut-être connu un ouvrage très remarquable... ou très hétéroclite, en tout cas passionnant à étudier. Cette proposition semble bien indiquer que les relations entre les deux hommes étaient restées excellentes et peut-être la doctrine contemporaine se fait-elle de leurs rapports une vision très fautive et très externe en pensant que Duguit et Hauriou se battaient constamment sur le moindre problème. En fait, comme on l'a déjà vu dans la section II de cette introduction, les intentions de Duguit de réagir contre les droits subjectifs de l'Ecole de la Herrschaft étaient très sympathiques à Hauriou. Une anecdote dépeint d'ailleurs l'état humoristique de leurs relations. Un jour, Mestre a vu Hauriou dédicacer à Duguit un de ses articles. Après avoir longtemps médité et hésité quant à la formule, il tailla son crayon et écrivit d'un trait « A toi, Léon ! » (164).

(164) Cette anecdote nous a été racontée par M. André Hauriou. Elle se trouve également contenue dans l'article de M. de Laubadère au Congrès Duguit. « Duguit et la doctrine du droit administratif », *Revue juridique et économique du sud-ouest*, 1959, n° 3 et 4, p. 175.

Cette malicieuse apostrophe nous fournit l'occasion de rappeler que Maurice Hauriou était un homme spirituel, malicieux et volontiers contestateur, tout ceci formant d'ailleurs un bloc indistinct. Comme exemple de malice, il faut signaler le « Souvenir commun d'enseignement », dédicace à son jeune étudiant Pierre Hébraud d'un article à la Revue de métaphysique et de morale (165). Comme exemple de son esprit têtue et contestateur, on peut rappeler le pittoresque passage du discours du représentant du ministre de l'Instruction publique à l'occasion de l'inauguration du monument élevé au Doyen de Toulouse (166). Le représentant du ministre dépouillant le dossier du grand Doyen nous dit « Je ne relirai plus ses notes; elles sont ensuite excellentes, sauf dans une petite période où, pour des raisons obscures, il ne donnait plus son coup de chapeau au Doyen. Ce fut le dernier grief qu'on lui fit. Et comme il ne voulait pas saluer le Doyen de la Faculté on le nomme Doyen pour qu'il put se saluer lui-même ! »

Cet esprit très curieux savait donc aller jusqu'à l'irrespect. On sent l'homme du Midi qui pointe lorsqu'on lit dans sa lettre du 12 décembre 1928 à Jacques Chevalier « Ce pauvre Bergson, Prix Nobel, quelle tête de vieille femme ! »

En fait on sait qu'il portait en même temps une vive admiration à Bergson et qu'il aimait beaucoup le commerce des philosophes. Aux alentours des années 1900, il se lia avec certains de ses collègues de la Faculté des Lettres de Toulouse : Frédéric Rauh, Jean Jaurès et Georges Dumesnil avec lequel il resta en correspondance affectueuse. Tous les jours, Hauriou et ses amis philosophes se réunissaient auprès du Capitole. « De ces entretiens dont il est regrettable qu'aucun Eckermann n'ait conservé la mémoire, Hauriou disait souvent qu'ils avaient exercé sur la direction de sa pensée une influence décisive » (167). On peut faire ici un parallèle avec Duguit. Il n'est pas douteux que le Doyen de Bordeaux avait été très influencé par Durkheim qu'il avait pu fréquenter longtemps dans cette ville. De même on peut tenir pour certain que l'idéalisme réaliste d'Hauriou a été largement influencé par la thèse de Dumesnil sur le rôle des concepts, par celle de Rauh sur « Le fondement métaphysique de la morale et par les entretiens du Capitole (168). Ce fut peut-être la période la plus féconde

(165) Voir conférence précitée.

(166) Plaquette Sirey, précitée, p. 46.

(167) MESTRE, « Discours au 8^e centenaire de l'université de Toulouse », séance solennelle de la Faculté de Droit, 8 juin 1929. Plaquette Sirey, p. 24.

(168) Hauriou disait malicieusement à qui voulait l'entendre « Duguit est au fond un type très bien, mais il lui a toujours manqué la forte éducation du café ». Cette éducation, le Doyen Hauriou avait pu en profiter de 1882, année de sa réussite à l'agrégation, à 1894, année de son mariage. Pendant ces douze ans, tous les soirs il se réunissait avec ses amis au café, place du Capitole. Le patron débouchait chaque soir une bouteille de Chartreuse, servait ses futurs illustres consommateurs et ... en donnait le reste aux clients. C'était le temps où Jaurès s'intéressait beaucoup aux problèmes d'ordre spirituel. Il avait décidé de faire

de sa vie. Dans sa pleine maturité, il travaille lentement mais puissamment. M. André Hauriou nous a assuré qu'il travaillait tous les jours très régulièrement environ six heures et que le matin en s'éveillant il restait souvent une heure dans son lit les yeux ouverts et immobiles pour, disait-il à ceux qui s'en étonnaient, « me laisser visiter par les idées ».

Mais ce méditatif, ce réflexif, était aussi un combatif. Le travail qu'il a fourni en tant que Doyen de la Faculté de Droit de Toulouse est considérable. Selon le témoignage du Doyen Maury rapporté par le Professeur Charlier, « ce que Maurice Hauriou a apporté à l'organisation de la Faculté, ce sont des règles générales ». Le défenseur du principe de la légalité dans la note sous l'arrêt Préfet de la Côte-d'Or (169) défendait donc aussi ce principe dans l'administration quotidienne de la faculté. Sa cohérence est totale. C'est semblait-il Hauriou qui eut le premier en France l'idée de doter sa faculté de nombreuses salles de travail pour les étudiants. Il souhaitait que ceux-ci travaillassent en groupe et multipliait les épreuves pratiques. Il avait en somme une conception très moderne des études juridiques et la réforme des études de licence de 1954 qu'il eût combattu sans doute en bien des points aurait été par lui chaleureusement approuvée pour tout ce qui concerne l'organisation et l'obligation des travaux pratiques.

Ce combatif avait son franc-parler et une audace qui, *pour l'époque*, frisait l'impertinence. Dans une brochure que nous avons retrouvée relative aux « Facultés de droit et les élections de 1904 au Conseil supérieur » (170), il affirme « Le mal est dans l'anémie des Facultés de droit de province et l'hypertrophie de la Faculté de droit de Paris (vieux problème !), double phénomène dont la cause n'est pas seulement dans les mouvements de la population scolaire désertant les petites villes pour la grande, mais aussi dans la situation morale diminuée faite aux professeurs de province ». Une fois qu'il a commencé à dire tout haut ce que d'autres pensent tout bas, notre auteur poursuit avec franchise et brutalité. « Il convient de rappeler que les Facultés de droit doivent être égales entre elles de même que les Universités ... Dans tous les cas, à supposer que la Faculté de droit de Paris bénéficiât de certains privilèges administratifs, du moins ceux-ci ne devraient-ils pas être de nature à lui donner du pouvoir sur les Facultés de province, autrement du coup l'égalité serait rompue et la Faculté de Paris deviendrait une sorte de patron, les autres seraient ses clientes... » Hauriou proteste en particulier contre deux faits.

— D'une part, au comité consultatif de l'enseignement public, siégeaient six professeurs de Paris contre deux de province. Il lui

son cours (qu'Hauriou allait écouter) tous les samedis soirs pour les ouvriers. Une fois, le jeune Achille Mestre vit une affiche annonçant le cours de Jaurès « Dieu : suite », ce qui déclencha son hilarité (rapporté par le Professeur Charlier).

(169) T. C. 22 avril 1910, S. 1910.III, p. 129 ; notes d'arrêts I, p. 604.

(170) Librairie de droit et de jurisprudence, Toulouse, 1904, pp. 4, 5 et 6.

paraît donc scandaleux que, pour leur avancement, les « provinciaux » soient contraints de faire leur cour aux Parisiens (en dehors de toute idée de cooptation par la Faculté de droit de Paris).

— D'autre part, il lui paraît inadmissible qu'aux concours d'agrégation, les Parisiens dominent encore et il exige le rétablissement de la puissance de l'inspecteur général des Facultés de droit qui arbitrerait entre Paris et la province.

Enfin, Hauriou demande fermement la réunion annuelle à Paris d'un comité consultatif des Doyens des Facultés de droit, capable de donner des avis pédagogiques au ministre, constituant ainsi un excellent instrument de décentralisation. Si nous avons insisté sur ces revendications, c'est pour prouver le caractère très combatif de notre auteur qui n'était pas — et de loin — un rêveur de cabinet.

C'est à peu près à la même époque (en 1905) qu'il élabore sa théorie de l'institution. Il fait paraître en 1906 son article sur « L'institution et le droit statutaire » au Recueil de législation de Toulouse. Sans doute par la suite modifiera-t-il sensiblement son analyse initiale mais le renouvellement constant de sa pensée sur ce point n'affectera pas l'essentiel : l'idée d'équilibre qu'il avait dégagée en 1906.

Avant la guerre de 1914, il élabore sa très remarquable première édition de « *Principes de droit public* » et la publie en 1910. La seconde édition sera publiée en 1916, mais, selon nous, elle est moins puissante et moins féconde que la première. M. André Hauriou en donne pour raison le très grand bouleversement de la guerre de 1914 qui a, semble-t-il, joué sur les hommes de cette génération un rôle très traumatisant. Très souvent pacifistes, n'imaginant pas que la guerre pût revenir un jour, lorsqu'elle revint avec son cortège de sang et de ruines, ils se durcirent dangereusement. Et de fait, le durcissement est apparent dans la deuxième édition de « *Principes de droit public* ». Le durcissement est encore apparent quand Hauriou défend le gouvernement, approuvé par le Conseil d'Etat, qui avait suspendu par décret la garantie de l'article 65 de la loi de 1905 sur la communication du dossier.

La position d'Hauriou dans sa note fameuse sous l'arrêt Heyriès s'explique donc par la guerre.

Au lendemain de celle-ci, en 1920, il occupe la chaire de droit constitutionnel. Tout en poursuivant la publication des éditions successives de son Précis de droit administratif, tout en publiant régulièrement une quinzaine de notes d'arrêts par an, il élabore son Précis de droit constitutionnel dont il publie la première édition en 1923, la seconde datant de l'année de sa mort en 1929.

On raconte qu'à cette époque, Maurice Hauriou aurait demandé, par personnes interposées, à entrer au Conseil d'Etat. Cette anecdote nous vient en droite ligne de quelques membres du Conseil d'Etat qui ajoutent malicieusement que le Président Romieu, étant ce qu'il était, avait refusé l'offre ne voulant pas une brillante personnalité capable de lui tenir tête. Hauriou aurait été mortifié de ce refus. Or,

nous avons trouvé très peu de traces de cette affaire. M. André Hauriou n'en a aucune souvenance. Mais Mme Maurice Hauriou, consultée, nous a fait savoir que le problème d'une intégration au Conseil d'Etat s'était posé : elle n'en sait pas plus (171).

Ce qui, par contre, est incontestable, c'est l'admiration que le Doyen Hauriou a toujours manifestée à l'égard du Conseil d'Etat. Certaines conclusions de commissaires du gouvernement lui paraissaient à ce point excellentes qu'il se contentait de publier une courte note en précisant que les conclusions étaient à elles seules suffisantes. A-t-il eu des contacts suivis avec des membres du Conseil d'Etat ? C'est possible, mais nous n'en avons retrouvé aucune trace même épistolaire. Hauriou vivait depuis très longtemps très retiré à Toulouse. Les seules relations épistolaires suivies et certaines qu'on peut lui connaître le liaient à Teissier dont il admirait fort et citait souvent l'ouvrage sur « La responsabilité de la puissance publique ».

Peut-être dix années auparavant, Maurice Hauriou s'était-il proposé d'accéder à la Faculté de droit de Paris ? Mais il semble que le projet n'ait pas abouti sans que l'on sache exactement pourquoi (172). Le Doyen de Toulouse en aurait été assez mortifié, ce qui expliquerait sa formule d'une de ses lettres à Jacques Chevalier, « La jalousie à laquelle j'ai été en butte toute ma vie... vents de la jalousie et marées de la bêtise... » (173)

C'est précisément aux lendemains de la guerre qu'il se lie d'une amitié épistolaire avec Jacques Chevalier, de vingt ans moins âgé que lui et lui écrit des lettres très affectueuses. Il lui propose sans cesse de passer par Toulouse pour discuter (Jacques Chevalier était professeur à la Faculté des lettres de Grenoble) et lui écrit même « Vous avez toute permission de m'appeler ami puisque nos esprits sont parents ; c'est sur la parenté spirituelle que reposent les amitiés. Il y a même cela d'admirable que, jusqu'à présent, nous sommes l'un pour l'autre de purs esprits » (174). Ce sont des mots qui ne trompent pas et qui ne sont sûrement pas des termes de politesse. Mais une amitié n'est jamais totalement désintéressée et il est certain que Maurice Hauriou était très heureux de pouvoir se documenter en philosophie par le truchement de Jacques Chevalier. En effet, il y a longtemps qu'il ne fréquentait plus le groupe des trois philosophes de Toulouse dispersé selon les variations et exigences de la carrière universitaire.

Bientôt Maurice Hauriou abandonne ses fonctions de Doyen, au moment de sa mise à la retraite. La santé devient plus fragile et

(171) Madame Maurice Hauriou a peu de souvenirs sur cette affaire. On peut émettre l'hypothèse suivante : peut-être Teissier avec qui il correspondait très régulièrement avait-il proposé à Hauriou de s'entremettre. Et Romieu, dont le tempérament était très entier, aurait alors refusé. Mais ce n'est qu'une hypothèse.

(172) Madame Maurice Hauriou a également très peu de souvenirs sur cette seconde affaire.

(173) Lettre n° 9 du 16 décembre 1924.

(174) Lettre du 14 juin 1923.

l'on sent, à la lecture de ses lettres, que ce problème l'obsède. Il exige de continuer un cours de doctorat mais sa santé étant fragile, la Faculté accepte que ce cours soit donné à son domicile. On installait une quinzaine de chaises dans son cabinet de travail et en famille le Doyen honoraire de Toulouse, d'une voix quelque peu fatiguée, exposait de magistraux développements relatifs à l'« Introduction à l'étude du droit » dont il reste un manuscrit que M. André Hauriou souhaite pouvoir publier un jour. Tous ceux qui ont approché Hauriou à cette époque (en particulier MM. les Professeurs Pierre Hébraud et Georges Vedel) se souviennent avec émotion de ce vieux monsieur à la voix si difficilement audible et à la santé si visiblement fragile qui tenait à tout prix à conserver ses étudiants, son auditoire, en somme ses raisons de vivre. Sa dernière lettre à Jacques Chevalier date du 10 février, soit un mois avant sa mort et dix jours avant le commencement de la congestion pulmonaire qui devait l'emporter. Nous avons trouvé cette lettre pathétique car on y décèle comme un pressentiment très net de sa fin très prochaine. Il parle de l'épuisement de l'organisme, de la chute perpétuelle contre laquelle il faut lutter par des équilibres instables (mais on ne peut pas toujours lutter) et fait même une allusion à l'Apocalypse.

Il s'éteignait le 12 mars 1929 à l'âge de 73 ans.

*
**

Nous connaissons maintenant sommairement l'architecte. L'analyse de son œuvre en sera facilitée. C'est le grand bâtiment qu'il a construit qui formera l'objet de nos développements sous l'angle essentiel de la pensée administrative, *étant entendu qu'à l'occasion, des données étrangères au droit administratif mais explicatives de celui-ci ne seront pas négligées.*

Quelle méthode doit-on ici utiliser ? La pensée administrative de Maurice Hauriou doit certainement d'abord s'étudier dans son contenu. Les thèmes et surtout les chapitres majeurs seront étudiés dans une perspective évolutive puisque notre auteur a très souvent changé d'avis tout au long des années. On s'apercevra d'ailleurs que les contradictions ne sont qu'apparentes et qu'une cohérence cachée se dégage.

Les premiers développements formeront l'objet d'une première partie, « Le contenu de la pensée administrative de Maurice Hauriou ».

Mais ce niveau d'analyse, étape importante, doit cependant être dépassé. La pensée administrative de l'auteur mérite d'être étudiée sous un autre angle. Les méthodes et plus généralement encore « *La démarche intellectuelle de Maurice Hauriou* » formeront l'objet de notre deuxième partie. Ici encore la cohérence apparaîtra très grande.

Mais cette cohérence est cachée et seule une lecture minutieuse de toutes les œuvres d'Hauriou a pu la révéler. Incontestablement, les apparences sont incohérentes. Et cette apparente incohérence explique

les difficultés particulières de diffusion de cette pensée soit dans les sympathies qu'elle a suscitées, soit dans les hostilités qu'elle a engendrées. « *La diffusion de la pensée administrative de Maurice Hauriou* » formera l'objet de notre troisième partie.

« Il ne faut pas du nouveau mais seulement du vieux-neuf. Il faut reprendre les données de nos anciens auteurs sur l'ordre juridique en s'efforçant de les mettre au point. Il en est du droit comme de la littérature, les thèmes classiques y sont éternels, seulement de temps à autre, ils ne paraissent plus adaptés à la mentalité des contemporains et il convient de les renouveler dans la forme. »

(Principes de droit public, 1910, p. 6).

PREMIERE PARTIE

LE CONTENU DE LA PENSÉE ADMINISTRATIVE DE MAURICE HAURIU

L'étude du contenu de cette pensée administrative est indispensable. Indispensable mais difficile car le Doyen Hauriou n'est pas de ces hommes qui adoptent brusquement une idée et la légitiment ensuite durant toute leur existence. La difficulté est d'abord de cerner telle ou telle analyse. Or, il n'est souvent pas facile de saisir les idées simultanément pénétrantes et fuyantes du grand Doyen.

Un second type de difficultés apparaît d'ailleurs. La pensée du Doyen Hauriou, pour être bien *comprise* (au sens de Platon et de Max Scheler (1)) doit être insérée non seulement dans le contexte intellectuel et la société de son temps *mais encore dans la durée intime de son propre développement*. Se contenter d'analyser la 11^e édition du

(1) Comprendre au sens d'embrasser. « Il faut aller au vrai avec toute notre âme », disait Platon.

Précis de droit administratif et quelques notes d'arrêts conduirait à une vue singulièrement superficielle. L'objet essentiel de cette partie consiste précisément à étudier comment et pourquoi telle idée est née, pourquoi et comment elle s'est éteinte pour donner lieu à une nouvelle analyse. Seule une vue évolutive rendra des perspectives à l'effort d'analyse.

Mais ici de nouvelles difficultés se révèlent : on est tenté dans un premier temps d'imaginer que l'œuvre d'Hauriou pourrait schématiquement s'organiser en trois périodes marquées par trois dates :

1892 : (1^{re} édition du Précis) Une pensée sans originalité;

1907 : (6^e édition du Précis) L'âge de la maturité;

1927 : (11^e édition) L'achèvement dans la gloire.

Dans cette perspective, on rappelle qu'en 1892, Maurice Hauriou ne connaissait pas le droit administratif. Sans doute avait-il été reçu premier au « grand concours » (2) de 1882, mais il était spécialiste d'histoire du droit et de droit romain et la chaire de droit administratif lui avait été, comme on l'a vu, imposée. Le Précis de droit administratif publié en 1892 dut même être retiré rapidement de la circulation car souvent le futur Doyen Hauriou s'était étroitement inspiré d'un ouvrage d'un auteur demeuré inconnu (3) qui l'avait accusé de plagiat et menacé des foudres judiciaires. Ainsi en 1893, seulement quelques mois après, était publiée une deuxième édition transformée pour éviter de nouvelles accusations mais très proche sur le fond de la première.

1892 apparaît donc bien, *a priori*, comme année symbole, d'une période sans originalité.

De même, 1907 semble pleinement mériter le qualificatif « d'âge de la maturité ». C'est l'édition la plus souvent lue et citée après la 11^e édition (qui est en même temps la dernière). On peut remarquer à la simple lecture que quelques lignes maîtresses de la pensée d'Hauriou y sont déjà fermement dégagées. On peut surtout remarquer que c'est l'édition qu'on peut qualifier d'édition de « l'institution » puisque pour la première fois en une quarantaine de pages, sans compter la préface, Maurice Hauriou expose cette théorie qui, à ses yeux, devait prendre une si grande importance.

1907 apparaît donc comme l'année symbole de la maturité.

1927 ne semble pas poser de problèmes : Il est bien connu que la 11^e et dernière édition du Précis de droit administratif du vivant de son auteur date de 1927. Sa belle préface, la densité de toutes les analyses, leur clarté, leur fermeté font de cette 11^e édition un ouvrage très classique et un remarquable instrument de travail des étudiants

(2) « Grand concours » et qualifié tel en raison du très grand nombre de places pour l'époque (20 toutes disciplines réunies) et de la qualité des reçus : Hauriou, Duguit, Michoud, etc.,

(3) Sur ce point, voir introduction, section IV.

en doctorat et des agrégatifs. 1927 mérite donc aussi la qualification initiale : *L'achèvement dans la gloire* (4).

Cette construction était élégante et agréable à des esprits cartésiens. Malheureusement, il faut très vite l'oublier *ou plutôt s'en souvenir à titre de répulsif*, s'en souvenir pour en prendre le contre-pied.

En effet, saisir ainsi Hauriou, c'est se condamner à seulement l'expliquer. Sans doute, l'édition de 1892 faisait-elle quelques emprunts — d'ailleurs mineurs — à un auteur de droit administratif (5). Sans doute aussi l'édition de 1907 comprenait-elle quelques lignes maîtresses, notamment sur la théorie de l'institution. Sans doute enfin, l'édition de 1927 constitue-t-elle un bel ouvrage classique.

Mais ces constatations doivent céder devant d'autres constatations plus fondamentales : *Sur bien des points, dès 1892, Maurice Hauriou, tout inexpérimenté qu'il était, a défendu des idées essentielles qu'il défendra toute sa vie avec quelques oscillations* (6). Dès lors, son œuvre administrative ne peut être organisée en trois phases. Toute organisation en détruirait la durée, c'est-à-dire l'unité.

Il était d'ailleurs d'autant moins facile d'organiser en trois temps la pensée administrative de l'éminent Doyen que celle-ci, en apparence, n'est pas systématique. Ainsi la théorie de la décision exécutoire n'est-elle pas née en même temps que celle de la gestion administrative, de la décentralisation ou de la responsabilité. Les unes sont nées avant, les autres après. Ces dernières ont quelquefois pris du retard ou de l'avance sur leurs aînées sans qu'on puisse exactement en déterminer la raison. *Anciennes et nouvelles théories s'entremêlent constamment.*

Comment dès lors exposer la pensée administrative d'Hauriou ?

Il semble que de l'apparent chaos que représente cette pensée, on puisse dégager essentiellement deux types d'idées.

— *Les premières colorent l'ensemble de l'œuvre.* Aucun chapitre du droit administratif ne leur est étranger. On les qualifiera « thèmes majeurs » et elles formeront l'objet du chapitre premier de cette première partie.

— *Les secondes sont inhérentes aux secteurs étudiés.* Qu'il s'agisse de la responsabilité, de la décision exécutoire ou du domaine public, les analyses quoique souvent semblables d'un secteur à l'autre ne peuvent être étudiées que dans le cadre propre à chaque grand chapitre du droit administratif. Ces « *chapitres majeurs* » formeront l'objet du chapitre II de cette première partie.

(4) La 12^e édition du Précis date de 1933. Elle est revue et transformée par André Hauriou. Une conception volontairement restrictive nous fait arrêter ces développements à 1927. La 12^e édition sera exposée en troisième partie relative à la diffusion de la pensée d'Hauriou.

(5) Sur ce prétendu plagiat, voir section IV, Introduction.

(6) Il ne faut non plus exagérer dans ce sens. Il est bien évident qu'en 1892 la pensée est courte et manque de fermeté. Mais elle va de pair avec quelques intuitions originales essentielles.

Mais il faut bien prendre garde que si le passage des thèmes majeurs aux chapitres majeurs est plus satisfaisant sur le plan pédagogique, *il l'est moins sur le plan de la logique interne de l'œuvre d'Hauriou.*

En effet, Hauriou était un inductif; c'est de ses analyses parcel-laires que le plus souvent il tirait des constructions plus globales. Ainsi en guise d'exemple, avoue-t-il lui-même que sa théorie de l'ins-titution doit beaucoup à la décision exécutoire, quitte d'ailleurs celle-ci à recevoir en retour un enrichissement de la théorie de l'ins-titution. Mais on a préféré pour plus de clarté exposer en premier lieu les colorations générales de l'œuvre pour permettre plus facile-ment au lecteur de cheminer dans le dédale des analyses sectorielles.

« La puissance d'Etat considère comme des offices à remplir, des services à rendre les pouvoirs de législation, de justice et d'administration qu'elle exerce. »

(Principes de droit public 1910, p. 319).

CHAPITRE PREMIER

LES THEMES MAJEURS : LES CONTREPOIDS

Les thèmes majeurs se distinguent des chapitres majeurs en ceci que sans se laisser enfermer dans le cadre étroit d'un chapitre du droit administratif ils colorent indifféremment tous les chapitres. Ceux-ci retrouvent ainsi leur unité.

En l'espèce, le thème majeur, c'est l'idée de contrepois. Mouvement d'autolimitation, équilibre, contrepois tels sont les mots qui tentent sans cesse la plume. Mais pourquoi cet équilibre ? Contrepois, mais contrepois à quel poids ? Une réponse s'impose : contrepois à la puissance publique centralisée. Avant d'analyser ces contrepois, il convient donc en guise d'introduction de poser les données élémentaires de cette puissance publique centralisée.

On distinguera les données constitutionnelles (A) et les données administratives (B) de la puissance publique, étant entendu que cette séparation pédagogique ne correspond pas à la liaison profonde, à l'unité des deux types de données dans la conception d'Hauriou.

A. — Les données constitutionnelles de la notion de puissance publique

Une première constatation d'évidence : contre les théories de la souveraineté nationale ou populaire qui affirment la prééminence

du législatif, émanation directe du souverain, Maurice Hauriou défend la prééminence de l'exécutif.

Si l'on dépouille le Précis de droit constitutionnel (Sirey 1923), on se rend vite compte que le thème de prééminence de l'exécutif court tout au long de l'ouvrage. Hauriou a ainsi plusieurs fois l'occasion d'affirmer la primauté du pouvoir exécutif sur le pouvoir délibérant et sur le pouvoir de suffrage à propos de sa qualité de pouvoir minoraire (p. 168 et 169) à propos de son mode d'expression de décision exécutoire (p. 410), à propos de son rôle dans le gouvernement parlementaire (p. 414). Ainsi pour ne prendre qu'un seul exemple, on voit très bien, selon le Doyen Hauriou, comment pouvoir exécutif, pouvoir délibérant et pouvoir de suffrage peuvent collaborer :

Soit la confection d'une loi : l'initiative du projet de loi sera prise normalement par le pouvoir exécutif parce que c'est au pouvoir responsable du passage à l'exécution que revient l'initiative de la mise en train d'une procédure qui doit aboutir à une décision exécutoire; le projet sera ensuite délibéré et rédigé par le pouvoir délibérant; il sera soumis s'il y a lieu à l'assentiment du pouvoir de suffrage; enfin, il reviendra au pouvoir exécutif pour être transformé en une décision exécutoire par les vertus de la promulgation.

On constate ici que les deux pouvoirs de décision (exécutif et délibérant) passent avant le pouvoir d'assentiment. Dans le cadre des pouvoirs de décision, le pouvoir exécutif passe avant le pouvoir délibérant. Sans doute à la suite des doctrines de souveraineté nationale, a-t-on pris l'habitude d'affirmer qu'à la base se trouve le pouvoir de suffrage duquel découlent les deux autres. *Mais « une pareille situation ne saurait être que transitoire. Graduellement, on verra l'autorité et la compétence reprendre le pas sur la domination pure il y a déjà des symptômes de ce rétablissement de l'ordre »* (7).

Mais le Doyen Hauriou précise bien que lorsqu'on agite la question de savoir si, dans l'équilibre du gouvernement parlementaire, le pouvoir dominant doit appartenir au Gouvernement ou au Parlement, c'est une question *politique* et non *juridique* que l'on pose. Toute la construction des juristes de l'Ecole de Rousseau repose sur le postulat que le fonctionnement de l'Etat se présenterait comme un gouvernement par la loi, c'est-à-dire par des règles générales mûrement délibérées. Il y aurait :

- 1) émission de règles générales délibérées sous forme de loi;
- 2) exécution de ces règles générales par des décisions exécutoires particulières.

Ce postulat est erroné pour le gouvernement politique; en effet, selon le Doyen Hauriou, les matières gouvernementales toujours nouvelles parce que surgissant dans le cours des événements et toujours urgentes parce que intéressant l'unité de l'Etat ne peuvent attendre la lente élaboration des lois. « Le fonctionnement politique de l'Etat

(7) Précis de droit constitutionnel, p. 411.

se présente comme un gouvernement par la décision exécutive rapide qui, après coup, peut être soumise au redressement de la loi... » (8).

Voilà donc le premier grand argument en faveur de la primauté de l'exécutif : argument d'expérience.

Mais Hauriou en énonce deux autres :

1) La primauté du pouvoir exécutif qui s'affirme dans les relations du droit international public ne saurait disparaître dans celle du droit constitutionnel interne. Ainsi un chef d'Etat qui déclarerait une guerre offensive sans autorisation de son Parlement aurait pourtant engagé son pays. En effet, la confiance internationale assigne au chef d'Etat un certain rôle et lui suppose certains pouvoirs « au sujet desquels il ne doit pas y avoir de déception et que par conséquent le droit constitutionnel doit assurer » (9). *Dans le conflit entre le droit international et le droit constitutionnel, c'est le droit international qui doit l'emporter « parce que ses exigences sont plus vitales ».*

2) Pour se rendre compte de la primauté du pouvoir exécutif, il faut envisager ce pouvoir dans l'ensemble des organes du gouvernement exécutif et non pas seulement en la personne du Président de la République. Le chef de l'Etat n'est pas le Président de la République seul, c'est le Président de la République complété par les ministres et par le Conseil des ministres.

Cet argument constitue encore une occasion pour Hauriou de critiquer les analyses juridiques abstraites : Selon lui, l'on raisonne comme si tout le pouvoir exécutif était concentré entre les mains du Président de la République. Ainsi démontre-t-on que ce pouvoir est sans poids aussi bien vis-à-vis des ministres que vis-à-vis du Parlement puisque le rôle personnel du Président de la République est réduit à très peu de chose. « *On divise le pouvoir exécutif contre lui-même et l'on triomphe ensuite de sa propre faiblesse* » (10). En effet, le pouvoir exécutif est une institution complexe autour de laquelle gravitent non seulement le Président de la République mais le Conseil des ministres et le président de ce Conseil. « *Si ... l'institution exécutive est bicéphale*, il n'est pas permis de séparer les deux têtes de l'institution quand on veut apprécier la situation de l'exécutif... » (11).

(8) Précis de droit constitutionnel, p. 445.

(9) Précis, p. 446.

(10) Précis, p. 447.

Il faut remarquer ici que toute cette analyse sur la prééminence de l'exécutif se faisait à contre-courant puisqu'elle se situait dans le cadre de la Constitution de 1875. Si l'on rappelle que le bicéphalisme de l'exécutif apparaît comme une analyse très actuelle et très adaptée à la Constitution de 1958 (par exemple, Cours polycopié 1961-62 de droit constitutionnel de M. Vedel), on appréciera cette vision au sens fort du terme (sur les visions, voir deuxième partie, chapitre II, section I). Cette vision est d'ailleurs liée à la conception qu'il se faisait du retour cyclique des Empires administratifs (même référence).

(11) Précis, p. 448.

Telles sont les données politiques et constitutionnelles de la primauté de l'exécutif.

B. — Les données administratives de la notion de puissance publique.

Dans son Précis de droit administratif, Hauriou se sert constamment du terme et du thème de la puissance publique. Dès la première édition (1892) et en dépit de son attachement initial à la notion de service public, la puissance publique n'est pas absente et par la suite il la combinera sans cesse avec la notion de service public les considérant comme deux notions maîtresses du droit administratif et du droit public en général.

En effet, alors que la vie civile est privée dans son fond et qu'elle gravite autour des biens, l'élément fondamental de la vie publique est le pouvoir séparé de la propriété des choses « le pouvoir de domination sur des hommes libres » (12). La séparation de la vie publique et de la vie privée signifie donc séparation de la contrainte juridique et des pouvoirs de la vie privée. Mais la différence entre la conception d'Hauriou et la doctrine de la Herrschaft réside dans la place que le Maître de Toulouse accorde à la notion de service public. « La puissance d'Etat considère comme des offices à remplir, comme des services à rendre les pouvoirs de législation, de justice et d'administration qu'elle exerce » (13).

Mais il faut bien apercevoir que la donnée première en 1910 est bien la puissance publique (14) car l'administration a besoin pour sa propre discipline morale de rester imprégnée de puissance. Il semble au grand Doyen que l'administration doive conserver la *prérogative d'action directe* car il faut qu'elle sente à chaque instant dans chacune de ses démarches qu'elle n'est pas du monde de la vie privée et qu'elle ne doit pas s'abandonner aux faiblesses de la vie privée.

La prérogative d'action directe est donc une des notions-clefs du régime administratif et du droit administratif. Il l'affirme nettement dans une brochure intitulée « Introduction à l'étude du droit administratif français ». « Nous sommes en présence d'un droit d'équité fondé sur la prérogative de l'administration, fait par le juge et organisé d'après la théorie de l'acte » (15).

Mais c'est dans la septième édition du Précis de droit administratif que nous trouvons l'exposé le plus clair. Dans cet ouvrage, l'éminent Doyen se demande ce qu'est le pouvoir administratif. Il répond qu'il se résout en deux éléments :

(12) LABAND, « Le droit public de l'Empire allemand », t. 1, p. 119.

(13) Principes de droit public, 1910, p. 319.

(14) Tout au moins dans le cadre de « Principes de droit public ». En droit administratif, voir chapitre II, section II.

(15) P. III.

- le pouvoir de contrainte;
- la procédure d'action directe.

1) Le pouvoir de contrainte, c'est le pouvoir qu'a l'administration d'exiger des administrés certaines choses : les impôts, le service militaire, l'expropriation des terrains. « Dans presque tout ce qu'elle organise, une contrainte est cachée » (16).

2) La procédure de l'action directe est le procédé habituel de l'administration par lequel elle se manifeste comme une puissance publique même si elle fait des opérations qui pourraient relever du commerce juridique ordinaire. Employer la procédure de l'action directe, c'est réaliser soi-même ses propres intentions sans demander aucune autorisation au juge.

Sans doute, le procédé de l'action directe existe-t-il aussi en droit civil (autorité paternelle et maritale, exercice du droit de propriété) mais le domaine d'élection de l'action directe réside dans le droit public.

Pouvoir de contrainte et procédure d'action directe sont donc les deux caractéristiques du pouvoir administratif ou puissance publique. Assurément, ce pouvoir administratif a des fonctions à remplir et « il est désirable qu'il y soit subordonné mais il n'est pas désirable ni possible qu'il y soit entièrement subordonné » (17). D'une part, en effet, la fonction administrative ne peut être définie elle-même exactement que par le pouvoir administratif; d'autre part, parce qu'elle ne peut être exécutée que si on laisse au pouvoir administratif une large dose d'appréciation.

Toute l'analyse des données administratives de la puissance publique est encore renforcée par la fonction que le Doyen Hauriou lui assignait surtout à la fin de sa vie.

En effet, le lecteur tenté de comprendre une doctrine passée avec l'optique contemporaine croit peut-être que la notion de puissance publique servait à Hauriou comme elle sert aujourd'hui à exclure la compétence de la juridiction administrative à l'égard des services gérés dans les conditions du droit commun. Il n'en est rien en réalité. *Pour le Maître de Toulouse, l'avantage de la notion de puissance publique est exactement inverse.* Même un service privé qui ne comporte donc pas l'utilisation de procédés de droit public relèvera du droit administratif et de la juridiction administrative *grâce au pouvoir qui le crée et parce qu'il est manifestation de ce pouvoir.* « Avec le critérium du pouvoir, le service privé reste dans le droit administratif, avec celui du service public il serait rejeté hors du droit administratif » (18).

Ainsi donc la notion de puissance publique solidement adossée au droit constitutionnel colore par le biais du pouvoir de contrainte et de la procédure de l'action directe tout le droit administratif à tel

(16) Précis de droit administratif, 1911, p. 22.

(17) Précis de droit administratif, 11^e édition 1927, p. 8.

(18) Note sous l'arrêt Graffe, S. 1927, III, p. 121, notes d'arrêts I, p. 11.

point que pour l'auteur tout exercice de droit administratif « est affaire de puissance publique » (19). Bien plus l'auteur lui assigne, ainsi qu'on l'a vu, une fonction impérialiste puisqu'elle tend à inclure dans le droit administratif même les services privés.

Et pourtant cette conception de domination étatique n'est pas pour Hauriou contradictoire avec un grand libéralisme. Comment le Maître échappe-t-il au paradoxe et à la contradiction ? Par l'analyse qu'il fait de l'autolimitation du pouvoir et des différents instruments que le pouvoir se donne pour s'autolimiter.

La puissance publique constitue, pour lui, « l'armature morale » de l'administration publique. Du fait même de son éminente supériorité, l'acte administratif ne doit pas être entaché d'excès de pouvoir. « Justement parce qu'il est supérieur, ce pouvoir se doit à lui-même de se montrer correct » (20).

Mais qu'il doive se montrer correct n'implique pas logiquement qu'il l'est. Hauriou balaye l'objection en montrant que les faits et les seuls faits sont à la base de sa théorie d'autolimitation. *Il se trouve que par chance il est vrai que l'Etat libéral s'autolimité.* Cette autolimitation objective est au cœur de la théorie fondamentale d'Hauriou relative à l'institution (section I).

Les prolongements mêmes de la théorie de l'institution viennent encore renforcer la théorie globale du contrepois (section II).

SECTION I

LE PRINCIPE :

LA THEORIE GLOBALE DU CONTREPOIS : L'INSTITUTION

Cette théorie est la plus citée et probablement la moins connue. On la qualifie volontiers de « fumeuse ». M. le Professeur Duverger, « Manuel d'institutions politiques et droit constitutionnel » (20) la qualifie de « passablement obscure » et la considère comme reposant sur une observation insuffisante des faits. Elle donnerait une part trop grande à l'élément rationnel et conscient et aux phénomènes juridiques. La mode aujourd'hui est de se méfier des analyses juridico-philosophiques qui auraient tendance à nous écarter du réalisme

(19) Précis de droit administratif 11^e édition, p. 340.

(20) Principes de droit public, 1910, p. 485.

(20) 1963, p. 5. Cependant pour une défense éloquent et convaincante de la théorie de l'institution, voir PRELOT, « Autour de la théorie de l'institution », in Cahiers de la nouvelle journée, 1931, p. 205 et suiv. Du même auteur, voir également « La théorie de l'institution et la technique juridique » (supplément à l'ouvrage de Maurice Blondel « Le problème de la philosophie catholique ». Toute l'œuvre de Monsieur le Recteur PreLOT est d'ailleurs colorée par la théorie de l'institution (par exemple, les différentes éditions du « Précis de droit constitutionnel » et même « La science politique » (Que sais-je ? 1963).

quotidien. Et pourtant, cette théorie peut-être « obscure » aux yeux de certains auteurs n'a pas été imaginée dans le secret d'un cabinet à l'abri des bruits de la cité. Ainsi que l'auteur l'avoue lui-même, c'est de l'observation des phénomènes sociaux et des complexes juridiques qu'il a peu à peu dégagé sa construction globale. *Autrement dit, sa méthode fut inductive.*

Mais une fois parvenu à un certain niveau d'abstraction, l'auteur redescend très vite vers le réel. Les applications de la théorie de l'institution au droit constitutionnel, à la science politique et à l'histoire ont été fécondes et nombreuses. Mais ce n'est pas là l'objet de nos travaux. Les applications au droit administratif de cette théorie — qui doit d'ailleurs tout à cette discipline — ont été très nombreuses (21). Qu'il s'agisse de la décision exécutoire engendrant elle-même un contentieux qui lui fait équilibre, de la conception du domaine, conception de *via media* entre le droit subjectif et le droit objectif, les dépendances du domaine s'analysant dans leur statut réel, qu'il s'agisse encore de la fonction publique, propriété d'un type spécial, ou même de la théorie de la responsabilité fondée sur la personnalité juridique des collectivités administratives, tous les chapitres du droit administratif sont plus ou moins redevables de la théorie de l'institution *que celle-ci leur donne un fondement essentiel ou qu'elle se contente de les colorer de façon plus ou moins nette.*

C'est uniquement dans cette perspective de liaison étroite avec le droit administratif qu'on tentera d'exposer cette théorie fondamentale pour Hauriou. *Sans elle, les développements* les plus importants dans les domaines les plus techniques risquent *d'apparaître parcellaires et insignifiants*. La raison en est que Maurice Hauriou procède le plus souvent par allusions rapides « autolimitation », « équilibre », « poussées et contre-poussées » et que le lecteur non averti peut prendre pour de simples images, de simples mots, ce qui est toujours longuement médité et inséré dans une réflexion globale (22). Mais cette réflexion globale ne nous intéresse pas en elle-même et on tentera seulement d'en dégager les incidences directes sur le droit administratif, en nous débarrassant autant que possible des concepts proprement philosophiques.

Quatre paragraphes formeront le corps des développements :

- § 1. — *L'essence de l'institution;*
- § 2. — *Le droit disciplinaire;*
- § 3. — *Le droit statutaire;*
- § 4. — *L'institution et la personnalité morale.*

(21) Voir à cet égard « L'institution et le droit statutaire », p. 143 et suivantes Recueil de législation de Toulouse, 2^e série, tome II, 1906.

(22) Un maître aussi averti que Gaston Jèze a, semble-t-il, cédé à cette erreur. « Je ne vois là que des mots et des images » (Revue du droit public, 1912, note sous l'arrêt Lafage, p. 291).

PARAGRAPHE 1

L'essence de l'institution.

Hauriou s'intéresse aux institutions considérées comme éléments de l'organisation sociale à l'exclusion des moyens de la technique du droit. Il y a pour lui deux sortes d'institutions :

— les institutions vivantes qui s'orientent vers la personnalité morale;

— les institutions inertes de la catégorie des choses (23).

La différence fondamentale entre ces deux types réside dans l'autonomie ou l'absence d'autonomie. Les « institutions vivantes » ont une autonomie interne qui leur permet de poursuivre par elles-mêmes leur but et de remplir leurs fonctions, alors que les « institutions-choses » ne possèdent pas cette autonomie. Parmi les « institutions vivantes », la première place est reconnue aux institutions politiques. « Nous appelons institutions politiques tous les corps qui prétendent à exercer sur les membres d'un groupe ou sur les habitants d'un pays une emprise totale et qui affichent ainsi une compétence universelle » (24). En ce sens, les clans, la tribu ont été politiques, mais la plupart des institutions modernes ne le sont pas car elles ne requièrent l'activité de leurs membres qu'en vue d'un but très restreint et très spécialisé (25). Ainsi entendue, l'institution politique entre dans le cadre de la catégorie de l'institution vivante que l'auteur définit comme une organisation sociale « en relation avec l'ordre général des choses dont la permanence individuelle est assurée par l'équilibre interne d'une séparation des pouvoirs et qui a réalisé dans son sein une situation juridique » (26).

Décomposons les éléments de cette définition (27) :

(23) Cette catégorie des institutions-choses ne semble pas très claire. Il semble que la propriété, par exemple, est une institution-chose. Les institutions-choses seraient inertes parce qu'elles n'engloberaient pas d'hommes. Les autres comprendraient des hommes. Mais cette opposition n'est-elle pas fallacieuse dans la mesure où les institutions-choses sont toujours utilisées, animées, vivifiées par des hommes. De plus, cette catégorie semble finalement peu utile. Peut-être ne sert-elle qu'à mieux dégager la notion d'institutions vivantes ?

(24) Principes de droit public, 1910, p. 127.

(25) Ainsi toute organisation créée par la coutume ou la loi comme l'action possessoire ou le recours pour excès de pouvoir sont des moyens d'actions juridiques qui sont des institutions. Mais cette définition trop large (parce que vague) et trop étroite (parce que trop juridique) n'intéresse pas Hauriou qui entend insérer l'institution dans un ensemble social.

(26) Principes de droit public, p. 129.

(27) Une définition légèrement différente est donnée dans la 6^e édition du Précis de droit administratif, p. 8, « C'est une organisation sociale, établie en relation avec l'ordre général des choses, dont la permanence est assurée par un équilibre des forces ou par une séparation des pouvoirs et qui constitue par elle-même un état de droit ». De même, une autre définition nous en est donnée dans

1) Une institution est une organisation sociale, c'est-à-dire une organisation faite d'une collection d'individus. Mais en même temps intéressant une collectivité et ayant une existence autonome due à son organisation, *elle constitue une véritable réalité sociale séparable des individus.*

2) L'institution est une organisation sociale établie en relation avec l'ordre général des choses. *Il y a là un phénomène de reconnaissance qui est indispensable.* C'est ainsi qu'un Etat nouveau ne fait partie de la société internationale que s'il y a été admis par les autres Etats et si des relations régulières ont été établies avec lui par la voie diplomatique. Il en est de même sur le plan interne. Cette exigence de relations avec l'ensemble des forces existantes manifeste un besoin d'équilibre. Equilibre externe dans les relations extérieures. Equilibre interne également.

3) Une institution est une organisation sociale dont la permanence est assurée par un équilibre de forces internes.

La durée est une condition fondamentale. Une œuvre qui, quoique bien organisée, ne paraîtrait pas devoir survivre à son fondateur ne serait pas une institution. Rien qu'à cet élément, on reconnaît qu'une institution est une chose sociale puisqu'il lui est nécessaire de se séparer de l'individu en lui survivant.

Le mouvement est *simultanément* une autre condition fondamentale. Et ce mouvement est maintenu par un équilibre de forces internes — collectives ou individuelles,

— matérielles, idéales ou morales.

En effet, à la base d'une institution, il y a souvent des forces brutales, des besoins, des intérêts pressants. De même, il y a des idées réfléchies souvent nécessaires au maintien de l'équilibre qui nécessite des « artifices ingénieux très cherchés et péniblement trouvés » (28). Enfin, autour d'une institution se développent des sentiments moraux et principes de conduite inspirés spécialement par un idéal de justice.

Toutes ces forces de type différent s'équilibrent entre elles. Mais il convient d'apercevoir qu'il ne s'agit pas d'un équilibre statique analogue à celui de la balance; il s'agit de l'équilibre des organismes

Le IV^e cahier de la nouvelle journée (1925) « Une institution est une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressés à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures ». Cette dernière définition est certainement plus raffinée que les précédentes et il serait très intéressant de montrer les variations insensibles de la pensée d'Hauriou sur ce problème. C'est impossible dans le cadre de cet ouvrage. On projette un autre ouvrage sur la pensée philosophico-constitutionnelle de Maurice Hauriou. Dans ce cadre, l'analyse des variations de la théorie de l'institution sera fort utile. Par contre, dans cet ouvrage, la théorie de l'institution qui colore l'ensemble de l'œuvre n'est utile qu'en marge.

(28) Principes de droit public, p. 133.

vivants dans lesquels les énergies sont maintenues dans leur état de combinaison par la suprématie de l'une d'elles. Pour qu'une nation constitue un corps politique (ou institution), il faut que, de toutes les forces qu'elle contient, l'une ait émergé suffisamment pour dominer toutes les autres et constituer ainsi la base de l'édifice. Mais ce pouvoir de domination lui-même ne saurait se maintenir tout seul. Il s'équilibrera lui-même par la séparation des pouvoirs « signe extérieur des institutions ». La séparation des pouvoirs se retrouve d'ailleurs dans les institutions non politiques (corporations, associations, etc...). *Il ne faut pourtant pas oublier malgré la séparation des pouvoirs que la fonction du pouvoir de domination est d'exercer une contrainte.*

Comment peut se maintenir cette contrainte ? Essentiellement par l'acceptation de la domination par les autres forces. « La mesure dans laquelle la domination est acceptée est celle nécessaire pour que l'institution fonctionne » (29). Ainsi dans une assemblée délibérante, la minorité, quoique régulièrement battue dans les scrutins, continue cependant de siéger et de prendre part aux travaux de l'assemblée en contribuant à constituer le quorum. De l'acceptation de l'institution par les forces dominées, résulte entre tous les individus englobés dans l'institution un état de paix sociale qui favorise la création « des situations établies ».

En effet, l'institution est une « figure juridique » car c'est en elle que la règle de droit prend naissance. Pour que l'institution dure, il faut qu'une conduite d'ensemble soit observée par tous les hommes englobés dans l'institution. Il faut distinguer deux espèces de règles d'origine institutionnelle : le droit disciplinaire et le droit statutaire qui, dans une certaine mesure, jouent l'un par rapport à l'autre un rôle de contrepoids.

La notion d'équilibre est, on le voit, la notion-clef de la théorie de l'institution. Elle se vérifiera dans chacune des analyses parcelaires, du droit administratif en particulier (30). Elle rejoint d'ailleurs la volonté systématique de l'auteur d'adopter des « via media » doctrinales (dont la principale est la « via media » entre le droit objectif et le droit subjectif) (31).

On étudiera donc ce nouveau système d'équilibre en exposant successivement :

- le droit disciplinaire (§ 2) ;
- le droit statutaire (§ 4).

(29) Principes de droit public, p. 135.

(30) Sur ce point, voir Introduction, section II, paragraphe 4.

(31) L'équilibre est la notion-clef de l'institution, théorie qui colore l'ensemble de l'œuvre constitutionnelle et administrative d'Hauriou toujours animé d'un grand souci de cohérence.

PARAGRAPHE 2

Le droit disciplinaire.

« Le droit disciplinaire est constitué par l'ensemble des actes juridiques et des règles juridiques émanant de l'autorité sociale instituée qui ont pour objet soit d'imposer aux individus des mesures, soit de créer des situations opposables, soit de réprimer des écarts de conduite, le tout principalement dans l'intérêt de l'institution et sous la seule sanction de la force de coercition dont elle dispose (32). Analysons cette définition.

a) Tel qu'on l'entend, son sens est rétréci jusqu'à ne plus désigner que l'ensemble des moyens de répression que possède une administration sur ses propres agents et qui reposent sur ce qu'elle peut les révoquer.

Mais le droit disciplinaire n'est pas seulement répressif, il est *organique*. Le poids de l'institution n'exerce pas une contrainte seulement sur ceux de ses membres qui, à raison de leur conduite, mériteraient d'être expulsés, il en exerce une sur tous les membres pour les forcer d'accepter les organisations internes à l'institution.

b) Le droit disciplinaire ne comprend pas que des règles générales par leur objet; il comprend aussi des actes juridiques qui peuvent être particuliers par leur objet mais qui présentent ce caractère d'être opposables à tous et par suite réglementaires au point de vue de leur sanction. Toute décision exécutoire de l'autorité produit un effet de droit et donc est créatrice de droit. *Il suit de là « que la théorie des actes d'administration ou des décisions exécutoires, qui a tant d'importance dans le droit administratif français, est un chapitre du droit disciplinaire.* Les administrés sont soumis au pouvoir disciplinaire de l'institution administrative... Toutes les nominations à des emplois, toutes les autorisations de police, toutes les concessions sur le domaine public reposent sur la force du droit disciplinaire... Je n'ai pas besoin d'ajouter que toute la hiérarchie administrative avec les institutions du recours hiérarchique et du recours pour excès de pouvoir en dépendent aussi » (33).

c) *La sanction du droit disciplinaire est la coercition pure et simple, c'est-à-dire l'exécution par la force mise à la disposition du magistrat.* L'obligation préétablie d'obéir existe dans le droit légal parce que la loi est conçue de telle sorte que tous les sujets de l'Etat sont censés y avoir consenti. Mais rien de tel pour le droit disciplinaire : il s'impose quoique non consenti. Par ailleurs, la répression disciplinaire englobe largement tout ce qui porte atteinte à l'honneur d'un

(32) Principes de droit public, 1910, p. 137.

(33) Principes de droit public, 1910, p. 138.

corps ou à la bonne réputation d'une institution. Par cette indétermination, le droit disciplinaire se présente comme une catégorie hybride, participant à la fois de la morale juridique et du droit.

Pour n'être pas du droit public d'Etat, le droit disciplinaire n'en est pas moins du droit à telle enseigne que le droit public s'annexe des provinces entières du droit disciplinaire. Pour le Doyen Hauriou, notre droit administratif en fournit un exemple éclatant dans l'histoire du recours pour excès de pouvoir. Ce recours, manifestation de discipline institutionnelle, n'est qu'une transformation du recours hiérarchique, le Conseil d'Etat étant devenu, avec le temps, juridiction publique de l'Etat. L'indétermination originelle du recours confère une grande latitude au juge qui adopte à juste titre des attitudes prétorienne. La jurisprudence « a commencé par ne réprimer que des excès de pouvoir grossiers, les violations de compétence et de forme, puis elle s'est élevée jusqu'à la conception générale de la violation de la loi puis elle s'est élevée encore au-dessus de la légalité, elle a découvert avec le détournement de pouvoir la région de la bonne administration, c'est-à-dire des mœurs et de la moralité administratives » (34).

Mais l'exemple du droit administratif n'est pas le seul : à diverses reprises dans l'histoire, le droit public de l'Etat s'est ainsi annexé des formations juridiques disciplinaires qui en ont encore aujourd'hui conservé quelques vestiges. Le droit pénal est ainsi considéré par le Maître de Toulouse comme un droit dont l'origine est disciplinaire. Lui aussi est un droit pénétré de morale juridique et s'il appartient au droit public c'est grâce à la théorie de l'institution qui l'y rattache.

PARAGRAPHE 3

Le droit statutaire.

L'institution engendre le droit statutaire aussi naturellement que le droit disciplinaire. Le droit statutaire comme le droit disciplinaire comporte des règles juridiques mais aussi des actes dont ces règles procèdent.

Mais les membres de l'institution sont appelés à un moment ou à un autre à participer à ces procédures et cette participation même permet de différencier le droit statutaire du droit disciplinaire *qui, lui, n'admet pas le point de vue individualiste des membres du groupe.* L'aboutissement naturel des procédures statutaires est le procédé majoritaire qui cherche à dégager l'assentiment de tous les membres du groupe à une mesure déterminée, *la minorité n'émigrant point hors de l'institution.*

(34) Principes de droit public, 1910, p. 142.

Ces procédures statutaires ont donc une grande importance pratique, mais aussi théorique, en ceci qu'elles sont explicatives d'actes qui ne sont pas des contrats et cependant reposent sur des phénomènes de consentement.

Les actes dits « actes complexes » tels que les fondations de société, d'association, de corporation, etc., ont ceci de commun qu'ils sont accompagnés d'une procédure. Ce sont des actes nés dans le cadre d'opérations à procédures marquées par « des phénomènes spéciaux de consentement qui s'y produisent » caractérisés par *l'adhésion au fait* plus que par le consentement donné à ces actes.

Il faut donc définir comment ces adhésions au fait peuvent cependant être ramenées à l'acte juridique par l'artifice des opérations à procédure. « Si nous réfléchissons bien, nous verrions que les actes des hommes deviennent rapidement des faits historiques que, par conséquent, le fait nous guette dans nos actes comme la mort guette la vie. A bien prendre, c'est l'acte qui apparaît comme une phosphorescence passagère sur la trame obscure des faits » (35).

Comment dès lors différencier les actes des faits ? Selon une classification traditionnelle, les actes juridiques sont les faits juridiques volontaires. Les faits juridiques involontaires étant, par exemple, la naissance, la mort, les accidents.

Mais cette classification traditionnelle ne convainc pas le Doyen Hauriou pour la raison essentielle que, dans cette théorie, l'acte juridique a toujours le caractère d'une manifestation de volonté subjective. Or, on ne peut pas toujours la rattacher à un sujet. Il existe des actes juridiques d'origine sociale et collective qui ne peuvent pas être rattachés à une personnalité morale. Hauriou préfère donc définir l'acte juridique comme « une action en voie d'accomplissement qui tend à un résultat juridique » (36). « Le fait juridique c'est ce qui *est arrivé* volontairement ou involontairement, l'acte juridique c'est ce qui *arrive...* » (37).

L'influence de cette nouvelle définition sur la théorie statutaire est très nette : le pacte étant l'adhésion à un fait, il n'est pas douteux que le fait auquel le consentement adhère a été un acte volontaire et est tombé dans la catégorie des faits.

Mais d'un autre côté, si on veut expliquer « l'agglutination » du fait à l'acte, il faut se tourner vers les opérations à procédures.

a) On dit de l'acte juridique qu'il est une manifestation extérieure de volonté en vue de produire un effet de droit. Mais il faut encore ajouter que cette manifestation de volonté doit être exécutoire. Une décision exécutoire c'est une décision qui ne sera plus exécutoire lorsqu'elle aura été exécutée. Si l'acte juridique se confond avec la décision exécutoire, *logiquement après l'exécution, il n'y a plus d'acte*

(35) Principes, 1910, p. 146.

(36) P. 147.

(37) P. 147.

juridique; il n'y a plus qu'un résidu d'acte, un fait juridique. Le recours pour excès de pouvoir marque bien la différence entre le moment où la décision est encore exécutoire — délai de deux mois pour l'attaquer par la voie de l'annulation — et le moment où elle est exécutée. Il n'est plus alors possible de saisir la décision exécutoire. On ne peut plus l'atteindre que dans le cadre du contentieux de l'indemnité à l'occasion du fait d'exécution.

b) *Ainsi est-il établi que l'acte juridique ne demeure un acte que pendant la période de temps où il est exécutoire et devient un fait juridique quand il est exécuté.* Mais à ce fait de consentement, un consentement actuel peut venir adhérer. Et même une chaîne d'adhésions successives peut se produire. On en arrive ici à la théorie de l'acte complexe. Si on analyse tous les éléments hétérogènes de la procédure d'un acte complexe, qui cependant concourent tous à un même but, on peut constater que chacun d'eux a été un acte exécutoire en ce sens qu'il a fait avancer la procédure à un moment ou à un autre puis, qu'après avoir produit cet effet, il est devenu pour les actes suivants un fait sur lequel ils se sont reposés en y adhérant.

Envisagé dans son ensemble, le phénomène de consentement qui relie toutes les phases de la procédure d'une même opération doit être caractérisé par une adhésion à des faits de consentement et une adhésion à un acte juridique objectif :

— adhésion à des faits de consentement par rapport aux éléments particuliers de la procédure;

— adhésion à un acte juridique objectif par rapport à l'acceptation de la procédure globale, réalisant *l'unité de l'opération*. Ainsi l'acte complexe considéré comme un acte juridique objectif et expliqué par l'unité d'une procédure extérieure se trouve par là même solidarisé avec l'institution sociale pour deux raisons essentielles :

— toute procédure organisée est en soi une institution sociale,

— toute institution sociale de la catégorie des corps vivants ne peut vivre d'une vie organique que selon certaines procédures engendrant continuellement des actes complexes dont la plupart sont des actes statutaires.

Mais quelle est donc la forme de ce droit statutaire ?

Selon le Doyen Hauriou, le droit statutaire procède soit de la coutume, soit de l'opération délibérative; dans les deux cas, le phénomène de consentement est une adhésion au fait à l'intérieur d'une procédure.

a) S'il s'agit du cadre coutumier, *le fait s'appellera précédent*. Les adhésions actuelles à ces précédents deviendront à leur tour des précédents pour les adhésions futures et ainsi de suite. La coutume se forme donc à l'intérieur d'une procédure sociale qui n'est pas exprimée, qui est simplement le mouvement uniforme de la vie de l'institution.

b) S'il s'agit de la formation des statuts par opération délibérative, *le précédent existe aussi mais il est posé hypothétiquement discuté et transformé immédiatement en règle en vertu d'une procédure*. L'opération délibérative qui suppose le régime majoritaire se reproduit en droit public dans le fonctionnement des assemblées délibérantes et dans le fonctionnement des élections.

Dans la délibération des assemblées représentatives, l'adhésion au fait posé se produit trois fois.

— Une proposition est portée devant l'assemblée qui sans cela ne pourrait pas délibérer. *Mais du fait qu'elle a été proposée, elle n'est plus un acte mais un fait*. Un certain temps s'est déroulé depuis qu'elle a été déposée, elle a été discutée en commission avant d'être mise à l'ordre du jour : tout cela l'a séparée de son auteur. « Cette proposition n'est plus qu'un fait, un précédent posé hypothétiquement » (38).

— La proposition votée à la majorité des voix par l'assemblée devient une délibération exécutoire de cette assemblée tout entière. Mais comment expliquer en même temps que cette œuvre de la majorité devienne œuvre d'unanimité alors même que la minorité a voté contre ? C'est l'adhésion au fait, au précédent posé par la majorité qui permet d'expliquer le phénomène. Ce n'est pas l'adhésion à l'acte de la majorité — puisque précisément il y a eu vote minoritaire contre l'acte — mais c'est l'adhésion au fait accompli du moment que l'assemblée est passée à un autre point de l'ordre du jour (39). *C'est l'adhésion à la procédure de l'institution* (40).

— La délibération votée à la majorité va peu à peu être acceptée par les habitants de la circonscription pour lesquels elle devient obligatoire. Les adhésions se produiront lentement dans la procédure du mécanisme électoral. « Tant que les électeurs consentent à voter, ils

(38) « L'Institution et le droit statutaire », Recueil de législation de Toulouse, 2^e série, t. II, 1906, p. 161 et suiv.

(39) Il est très remarquable que Maurice Hauriou ait ici expliqué mieux que Rousseau le problème de la souveraineté nationale. On sait que celui-ci avait recherché l'explication de l'unanimité dans l'idée que même les minoritaires — comme tous les citoyens — comportaient en eux-mêmes deux hommes : l'un contestateur et minoritaire, l'autre gardien de l'intérêt général commandait au premier de se plier aux décisions de la majorité. (Sur ce point, voir J.-J. CHEVALLIER, « Les grandes œuvres politiques. ») Hauriou ne recourt pas ici à une explication aussi compliquée et subtile. La théorie de l'institution lui permet d'expliquer l'adhésion de la minorité aux actes de la majorité.

(40) Sans doute l'acceptation par la minorité du fait accompli n'empêche pas qu'elle puisse juridictionnellement attaquer la délibération si certaines règles ont été violées. Mais la recevabilité des recours a été assez difficilement admise car il paraissait surprenant que la solidarité unissant les membres d'une même institution pût être rompue à propos de la critique d'un acte déterminé. Sur ce point, la note sous l'arrêt Bergeon du 1^{er} mai 1903 au Sirey 1905.3.1. va exactement dans ce sens. On saisit donc au vol le procédé d'élaboration de la théorie de l'institution puisque trois ans avant la publication de la 6^e édition, certains éléments en étaient dégagés à propos d'une analyse très concrète de droit administratif.

acceptent d'une certaine façon tous les résultats du régime représentatif » (41).

Ainsi entendu, le statut peut-il s'identifier au contrat ? L'auteur répond fermement par la négative : pour lui, le statut se dégageant progressivement des institutions vivantes soit dans les usages qui s'établissent par leur fonctionnement, il repose donc non pas sur un *échange de consentements* mais sur l'adhésion de plusieurs à un même fait. *Il n'est pas plus source d'obligations car il est de la catégorie du droit réel*, il crée ou constate, tant pour la collectivité que pour les individus, des situations statutaires, c'est-à-dire des situations qui s'analysent en des droits réels. « *Par le droit statutaire, l'institution engendre le droit réel* » (42). De là la grande importance du droit réel dans les analyses administratives d'Hauriou.

Sans doute le contrat a-t-il ceci de commun avec l'institution d'être un élément de la structure sociale et un agent de fixation qui apporte aux relations humaines une certaine stabilité. De plus, la situation contractuelle comme la situation institutionnelle constituée par elle-même un état de droit.

Mais une différence fondamentale mérite d'être révélée. Dans l'institution, le consentement des membres se restreint à l'acceptation de la discipline, c'est-à-dire à l'acceptation du fait de l'institution et de son maintien tandis que dans le contrat le consentement des parties porte sur les actes des contractants et en implique actuellement la prévision. *C'est pour cela que l'institution est source de droit réel et non pas comme le contrat source d'obligations*. « Le droit réel traduit d'une façon directe l'existence de fait des êtres et des choses, tandis que l'obligation se rapporte à des actes » (43).

Au point de vue de la permanence des situations créées, cela entraîne deux conséquences en apparence, mais en apparence seulement, contradictoires.

1) Par cela même que les contrats admettent la résolution pour inexécution des obligations, les situations qu'ils engendrent sont moins durables que celles qui résultent d'une institution. Pour s'en convaincre, le Doyen Hauriou se contente de comparer les deux théories du mariage : mariage contrat, mariage institution.

Dans le premier cas, l'union des époux s'analyse en des droits et obligations réciproques dont l'inexécution pourrait entraîner le divorce.

Dans le deuxième cas, l'union conjugale est indissoluble car il s'inscrit dans le cadre de l'institution de la famille qui le dépasse.

De même, l'auteur ne manque pas d'être frappé par la grande stabilité que présente dans l'ensemble la situation des fonctionnaires. *C'est que « leur situation est institutionnelle, ils font partie de l'ins-*

(41) Principes, 1910, p. 166.

(42) Précis de droit administratif, 6^e édition, p. 23.

(43) Précis de droit administratif, 6^e édition, p. 24.

titution de la hiérarchie, ils sont soumis à sa discipline mais ils bénéficient de son statut réel » (44).

2) Mais en même temps si les situations institutionnelles sont plus stables que les situations contractuelles, c'est qu'elles allient à leur puissance de durée des facultés très remarquables d'adaptation et d'évolution aux conditions nouvelles de la vie sociale et juridique. L'Administration, qui est une vaste institution, a une tendance marquée à institutionnaliser toutes les situations d'origine consensuelle qu'elle crée autour d'elle pour l'exécution des services publics. Sans doute faut-il insister sur la stabilité du statut des fonctionnaires, mais il ne faut pas oublier que ce statut peut être modifié par les lois et règlements qui suivent l'évolution des faits.

De même, les concessions de travaux publics ou de service public ne s'expliquent que dans une perspective institutionnelle. Pour Hauriou, la concession de travaux publics est une opération complexe composée de deux éléments :

— la création d'une situation réglementaire qui comporte concession temporaire au profit d'un concessionnaire des droits de puissance publique nécessaires à la construction d'un ouvrage public et à son exploitation sous forme de service public pour le compte d'une administration publique;

— la conclusion d'un contrat passé avec cahier des charges et tarif maximum entre l'administration et le concessionnaire pour régler les obligations découlant de la situation réglementaire en ce qui concerne la construction et l'exploitation de l'ouvrage ainsi que les conditions financières de l'opération.

Cette définition confère, dans la combinaison des éléments contractuels et réglementaires, *une nette prédominance à l'élément réglementaire*. « La situation contractuelle lui est subordonnée, elle obéit au principe que le service public concédé ne doit pas être interrompu pas plus que s'il était organisé en régie » (45).

Ainsi lorsque M. le Professeur de Laubadère rapproche les deux théories de Duguit et d'Hauriou sur la nature mixte de la concession, *il a raison de le faire dans la perspective où il se place, c'est-à-dire dans l'étude de la mesure de l'influence de Duguit et d'Hauriou* (46). Mais du point de vue interne à la doctrine d'Hauriou, *il est clair que ce rapprochement n'a plus de sens* car la théorie de la concession d'Hauriou ne s'explique que fortement colorée par la théorie de l'institution (47).

(44) Précis de droit administratif, 6^e édition, p. 25.

(45) Précis, 11^e édition, p. 794.

(46) Voir Congrès Duguit, Annales de la Faculté de droit de Bordeaux, nos 3 et 4, 1959, p. 179.

(47) Si nous n'avons pas consacré un paragraphe spécial dans le cadre des « thèmes majeurs » au contrat administratif, c'est que, curieusement, cette matière ne semble pas avoir beaucoup inspiré le Doyen Hauriou. Développements très parcellaires et réduits, fréquente description de réglementation sans construction doc-

PARAGRAPHE 4

L'institution et la personnalité juridique.

Selon le Doyen Hauriou, les institutions de la catégorie des corps ou établissements tendent naturellement à devenir des personnes morales. Mais le problème de la réalité ou de la fiction des personnes morales est pratiquement indifférent à ces développements.

— Si la personnalité morale est réelle, elle est sûrement nécessitée par la préexistence d'un organisme institutionnel et on se demandera donc comment dans un organisme de ce genre se développe la personnalité.

— Si par contre la personnalité morale est une fiction et une pure concession gouvernementale, encore cette concession ne s'effectue-t-elle que dans le cadre de situations qui l'appellent. « Ces situations ne seraient-elles pas celles où déjà existe une institution de l'espèce des corps ou établissements ? » (48).

Ainsi fiction ou réalité de la personne morale n'empêchent pas celle-ci d'entrer en relation avec l'institution. Au surplus, il convient d'ajouter qu'au moment où Hauriou a commencé à élaborer sa théorie de l'institution (1906), le problème de la fiction ou réalité de la personne morale était déjà éclairé. Michoud dans sa « Théorie de la personnalité morale » avait déjà pris parti (Edition, 1906) pour la thèse de la réalité et Hauriou lui-même était allé dans ce sens dès 1898 (49).

Reste donc l'essentiel : l'analyse des relations entre la personnalité morale et l'institution. Ces relations sont « *du même ordre que celles qui existent entre l'individualité autonome et la personnalité* » (50), c'est-à-dire que la personnalité morale est liée à un élément qu'il s'agit de déterminer et qui vient s'ajouter à l'individualité autonome.

Maurice Hauriou comparant les corps et établissements à des animaux, reconnaît qu'il se peut qu'ils aient une individualité autonome qui en fasse de véritables corps vivants mais « tant qu'ils n'ont pas d'organes rationnellement disposés pour produire en leur nom une déclaration de volonté propre, ils n'ont pas la personnalité morale » (51).

La personnalité morale repose donc sur le fait qu'un individu puisse émettre une déclaration de volonté rationnelle. Mais encore

trinale originale ; cette carence ne peut manquer de surprendre lorsqu'on compare le monumental « *Traité des contrats administratifs* », de Jèze ou du Professeur de Laubadère avec les aperçus d'Hauriou.

(48) Précis, 6^e édition, p. 29.

(49) Revue générale du droit, « La personnalité comme élément de la réalité sociale ».

(50) Précis, 1907, p. 29.

(51) Précis, 6^e édition, p. 30.

faut-il que cette déclaration de volonté ait pour but d'exercer des intérêts comme des droits propres *opposés à ceux d'autrui*.

Finalement cette conclusion permet de trancher deux questions :

— *Comment distinguer les institutions douées de la personnalité morale et les autres ?*

— *Dans quelle mesure la personnalité morale reconnue à un établissement absorbe ou non son individualité objective ?*

1) En ce qui concerne la première question, le critère sera d'une application fort simple. Les assemblées législatives, par exemple, ont certainement une personnalité morale puisqu'elles ont des organes prenant des décisions exécutoires et qu'elles ont des intérêts pouvant être considérés comme des droits propres dans une vie de relation. Ces intérêts sont les prérogatives qu'ils font valoir à l'encontre de l'administration centrale à moins que ce ne soit une dotation en propriété qu'ils ont à défendre. Ces deux intérêts avaient déjà été mis en lumière par Maurice Hauriou en 1899 dans une note au Sirey (1899.III, p. 121, sous l'arrêt Joly, C.E., 3 février 1899). « Il y a une personnalité morale dans un service public s'il y a jouissance de droits propres du service; il y a jouissance de droits s'il y a dotation en propriété ou si le service public a été admis en justice pour défendre ses prérogatives ».

La première partie de la proposition allait sans difficulté, la personnalité morale n'étant que le support de droits dont on jouit.

La seconde partie de la proposition demande des éclaircissements. Elle prévoit deux hypothèses; sans doute la seconde ne pose-t-elle pas de problèmes difficiles : ester en justice pour défendre des prérogatives, c'est admettre que celles-ci sont propres, qu'elles constituent pour le service des droits dont il jouit et par suite qu'il a une personnalité. Mais l'élément essentiel demeure : *la dotation en propriété* est suffisante pour emporter la personnalité morale (52). L'application à l'espèce Joly de cette définition a fait apparaître la personnalité morale des Chambres législatives puisque, si les Chambres ne sont pas propriétaires de leurs palais, au moins le sont-elles du mobilier aux termes des articles du règlement.

2) *La seconde question est plus intéressante.* Il est clair que dans une institution parvenue à la personnalité morale, l'individualité objective ne disparaît pas, pas plus que l'individualité objective d'un homme ne disparaît sous sa personnalité humaine. Mais alors comment poser la limite de la personnalité ? Hauriou répond : « Si la personnalité morale a uniquement pour base la déclaration de volonté

(52) On peut au fond se demander si cette définition en apparence complexe ne se ramène pas en réalité à un cas unique. Sujet de droits, ester en justice pour défendre ses droits, dotation en propriété qui représente un des droits à défendre, tous ces différents éléments se ramènent à la même idée de jouissance de droits critère unique de la personnalité morale. On avoue comprendre mal pourquoi Hauriou a voulu compliquer la définition.

propre en vue du droit propre dans la vie de relation, tous les éléments d'une institution qui ne se ramèneront pas à une déclaration de volonté ou qui, étant des déclarations de volonté, n'auront pas pour but la vie de relation caractérisée par l'affirmation du droit propre... resteront dans la sphère objective de l'individualité » (53).

Ainsi dans une institution tout ce qui se crée par la coutume est étranger à la personnalité morale puisque l'élément de volonté est absent. De même les actes se rattachant à la volonté mais non relatifs à la vie extérieure de l'institution ne se rattachent pas à la personnalité. *Ainsi Maurice Hauriou trouve-t-il une solution élégante au problème des droits subjectifs.*

Les uns — la doctrine allemande de la Herrschaft — constataient le total envahissement de la notion de droit subjectif dans le droit public.

Les autres — à leur tête Duguit — avaient vivement et à juste titre réagi contre cette prétendue constatation. Mais leur réaction avait été trop forte puisque, inversement, le droit public ne leur paraissait s'expliquer que par la règle de droit objective.

Hauriou toujours fidèle à son refus de tout monisme et à sa vision très complexe du monde défend une *via media*. *Tout dépend dans cette troisième perspective de l'attitude de l'administration.*

— Ou bien l'Etat émet des commandements, des décisions exécutoires, il fait appel uniquement à la discipline institutionnelle, alors *il ne trouve devant lui* que des sujets, c'est-à-dire des individus *qui sont en lui*, qui n'ont pas la qualité de tiers et qui ne peuvent donc pas lui opposer des droits propres. Ici la légalité objective prévaut et c'est la voie du recours pour excès de pouvoir.

— Ou bien alors l'Etat participe au commerce juridique, l'Etat se projetant alors dans des relations extérieures (la gestion des services publics supposant une collaboration avec l'administré en constitue le cas type). Dans cette hypothèse, *les individus sont hors de l'Etat, ils deviennent des tiers* qui peuvent opposer à l'Etat des droits qui leur sont propres et c'est la naissance de la responsabilité subjective de l'Etat à raison des dommages qu'il leur occasionne. *Dans la perspective d'Hauriou, la querelle des droits subjectifs et objectifs se résorbe. Loin de s'exclure, ils se combinent dans la complexité de la vie administrative.*

Mais la responsabilité administrative ne doit pas seulement son assise logique à la théorie de la personnalité morale. *Elle lui doit aussi ses modalités.* « La personnalité juridique a servi à rendre plus juste le règlement des risques et des responsabilités en introduisant le point de vue de la synthèse de ce qui est propre à chaque sujet, tant pour l'appréciation de la responsabilité que pour les garanties du paiement de l'indemnité » (54). En effet, elle a établi que chaque sujet est responsable de ses propres actes et d'eux seuls, sur l'ensemble de

(53) Précis, 6^e édition, p. 32.

(54) Principes de droit public, 1910, p. 101.

ses propres biens. La théorie de la personnalité morale a donc substitué le point de vue de la responsabilité subjective à celui de la responsabilité objective beaucoup plus sommaire et primaire (55).

Décision exécutoire et responsabilité administrative doivent donc beaucoup à la théorie de la personnalité telle qu'elle est liée à l'institution. *Il en est de même de la décentralisation.* On se contentera sur ce point de rappeler que l'autonomie d'une administration décentralisée nécessite une construction juridique compliquée. « Il y a des fossés, des remparts, des tours et des poternes avec des rentrants et des saillants; il y a le donjon central avec son pont-levis. Si les ouvrages avancés sont destinés à être sacrifiés, en revanche le réduit central est défendu avec la dernière énergie parce qu'il est le dernier refuge de l'autonomie. *La personnalité morale* et la propriété subjective constituent ce réduit central de l'autonomie des administrations publiques » (56).

Telles sont quelques liaisons de la théorie de l'institution avec quelques grands problèmes du droit administratif. On va tenter de systématiser les applications de cette théorie dans la section II.

SECTION II

LES APPLICATIONS DU PRINCIPE

Les applications du principe seront, on le verra, nombreuses dans les domaines les plus particuliers du droit administratif (57). Fonction publique, domaine public, décision exécutoire, gestion publique sont concernés directement par la théorie de l'institution.

Mais plus que l'influence sur des chapitres aussi importants soient-ils du droit administratif, il faut d'abord noter une influence *sur certaines analyses non plus parcellaires mais globales. La décentralisation, la moralité administrative, la police juridique* autant de thèmes appartenant typiquement à Hauriou et qui sans être inclus *in corpore* à certains chapitres du droit administratif en constituent les approches spécifiques. Ces trois thèmes ont ceci de commun qu'ils sont très étroitement liés à la théorie de l'institution. *L'idée centrale de l'institution c'est l'équilibre ou plutôt le système d'équilibres* (58). Plus tard

(55) Sur le passage de la théorie du risque à la théorie de la faute voir section V du chapitre I de la première partie. On s'est contenté dans ce paragraphe de montrer les liens de ces théories avec celle de l'institution.

(56) Note sous l'arrêt, commune de Ruffiac, C.E. 7 mars 1919, S. 1922, III, p. 9. Notes d'arrêts I, p. 141). Sur la décentralisation, voir paragraphe 3, section II, chapitre I, première partie.

(57) Voir cette même partie, chapitre II, *in extenso*.

(58) L'équilibre est la démarche intellectuelle globale. Il repose sur les équilibres partiels étudiés dans cette section et le chapitre suivant. L'idée d'Hauriou c'est que la réalité sociale est un système d'équilibres qui se combinent, s'attirent et se repoussent comme des êtres vivants. Sur ce point, deuxième partie, cha-

en 1925 dans les Cahiers de la Nouvelle Journée, Maurice Hauriou utilisera le terme d'autolimitation. Mais on ne perçoit pas de différence importante quant à notre sujet.

Or, ces trois thèmes sont des thèmes d'équilibre, *sont des thèmes de contrepoids*. De même que la théorie de l'institution est globalement et philosophiquement la théorie du contrepoids à la puissance publique centralisée qui constitue pour Hauriou une donnée prééminente; de même ces thèmes, chacun dans leur sphère, font contrepoids à un élément dangereux de cette même puissance publique (59).

— La police juridique avec ses standards et ses directives est un contrepoids au pouvoir législatif abstrait, aveugle et rigide (§ 1).

— La décentralisation est un contrepoids à l'hégémonie du pouvoir exécutif centralisateur (§ 2).

— La moralité administrative est un contrepoids à la fois au pouvoir exécutif et administratif et au pouvoir judiciaire (§ 3).

Dans ce système subtil, chaque élément trouve son répondant avec une régularité étonnante (60).

PARAGRAPHE I

La police juridique.

Elle est un incontestable contrepoids à la loi (A). Ce contrepoids est au cœur de la plupart des théories du droit administratif (B.)

A. — CONTREPOIDS A LA LOI.

C'est à l'occasion du livre d'Al Sanhoury « Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail dans la jurisprudence

pitre I, section III, sous-section II. Ce n'est donc pas une conception statique. La meilleure preuve en est que tous ces équilibres reposent sur l'autolimitation objective des institutions dans le temps : ces limitations s'objectivent par un lent mouvement dans des procédures et par les mœurs, peu à peu acclimatées à elles et empêchant l'Etat de reprendre d'une main ce que l'autre avait un jour donné.

(59) Ce thème des contrepoids et équilibres a été mis en avant pour la première fois par Montesquieu. Et Maurice Hauriou ne se prive pas de montrer la liaison constante des deux théories, « Le trait de génie de Montesquieu d'avoir fondé le droit constitutionnel sur la séparation des pouvoirs ne se conçoit bien que du point de vue de l'institution. Il suppose le postulat que l'Etat ne sera juridiquement constitué que quand il sera institué » (Précis de droit administratif, 6^e édition, p. 12, note 1). Encore reste-t-il à déterminer de façon précise les variations entre les deux pensées d'Hauriou et Montesquieu. Ce qui pourrait faire l'objet de développements inclus dans un ouvrage projeté sur les idées philosophico-constitutionnelles de Maurice Hauriou.

(60) Nous reconnaissons que si chacun des éléments analysés correspond à une théorie très consciente d'Hauriou, par contre leur assemblage systématique au sein de cette section avec le triple jeu exécutif, législatif, judiciaire et administratif est une pure construction personnelle. Même si Hauriou n'a pas eu une très nette conscience de ce système tel que nous le reconstruisons, nous estimons pourtant qu'il se dégage très naturellement des textes épars du grand Doyen.

anglaise » que Maurice Hauriou fit paraître en 1926 chez Sirey une petite brochure, modeste d'apparence, « Police juridique et fond du droit ».

Al Sanhoury étudiait dans son ouvrage les « restraints of trade », c'est-à-dire les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail dans deux hypothèses : les ventes de fonds de commerce et les contrats de louage d'employés de commerce.

— L'acquéreur d'un fonds de commerce qui a acheté la clientèle a intérêt à ce que le vendeur interdise par le contrat d'ouvrir un nouveau magasin de même espèce dans la même ville pendant un délai.

— De même, le patron qui loue les services d'un employé peut redouter que celui-ci après avoir été initié à certains secrets n'ouvre à son tour une maison concurrente.

Pour protéger dans les deux cas la concurrence, des restrictions à la liberté du travail sont contenues dans les contrats, quelquefois ces restrictions gênent l'ancien patron, quelquefois l'employé. « La constitution des entreprises capitalistes, telles que les fonds de commerce et les usines ne pouvait se produire sans enfoncer une sorte de coin entre les deux libertés antagonistes du travail et du contrat » (61).

C'est dans ce conflit entre règles de droit qu'est apparu dans la jurisprudence anglaise incapable de les résoudre par aucune règle du Common Law, le système du standard qui engendre la directive.

La règle de droit, disposition précise visant des hypothèses, lie le juge et l'administration en vertu d'un pouvoir supérieur. La règle de droit en dépit de son adaptation par la jurisprudence constitue *l'élément de stabilité du droit*.

Au contraire, le *standard* destiné à guider le juge ou l'administration leur laisse un certain pouvoir discrétionnaire. D'ailleurs, le plus généralement, il est fabriqué par ceux là même qui s'en servent. Empirique et construit à l'occasion de cas particuliers, le standard est souvent modifié. Il constitue *l'élément de mobilité du droit*.

Hauriou critique la confusion qu'opère Sanhoury entre standard et directive. Il préfère les distinguer bien que les deux éléments soient liés.

Le standard est un élément de méthode « il est comparable à cet instrument qui permet au commandant d'un navire de faire le point en longitude et en latitude. Après quoi, se déduira la route à suivre. La route à suivre, c'est la directive » (62).

La directive c'est donc la solution d'un problème « mis en équation par un standard ». On va tenter de vérifier cette distinction par l'analyse que Maurice Hauriou a fait sous l'arrêt Association du personnel de la Banque de France (63).

(61) Police juridique et Fond du droit, 1926, p. 8 (article paru in Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1926).

(62) Police juridique et Fond du droit, p. 9.

(63) C.E. 17 juillet 1925, S. 1925.3.33, notes d'arrêts, II, pp. 90. et 91.

Dans cette affaire, le Gouvernement de la Banque de France s'était trouvé en présence d'un syndicat réunissant une partie des employés et dont les adhérents se recrutaient de plus en plus dans les cadres de la hiérarchie. Pour éviter cet envahissement, le Gouverneur avait adressé au Président de l'Association amicale du personnel des lettres se bornant à indiquer à l'association dans quel esprit le Gouverneur avait l'intention, pour les nominations à faire à l'avenir dans les cadres supérieurs, de faire usage, conformément aux lois et règlements, de son droit d'appréciation et qu'il serait amené à éviter les nominations d'adhérents à l'Amicale. Le Conseil d'Etat a considéré le recours de l'Amicale comme non recevable dans la mesure où ces lettres, simples directives, ne faisaient pas grief.

Mais Maurice Hauriou ne se contente pas de cet échappatoire. L'ouvrage de Sanhoury venait de paraître et « Police juridique et Fond du droit » étaient en préparation. C'est l'occasion idéale de construire une théorie de la directive et du standard.

Sans doute estime-t-il que les arguments du syndicat sont sérieux puisque le refus d'avancement de grade cause un tort à l'employé. De même le refus d'avancement porte atteinte à la liberté syndicale puisqu'il crée une incompatibilité entre la fonction et le syndicat et impose une option. En revanche, selon le Doyen Hauriou, les arguments du Gouverneur de la Banque sont irréprochables. « Il a parlé comme est obligé de parler tout homme de gouvernement qui a la responsabilité d'une entreprise quelle qu'elle soit » (note précitée). Le Gouverneur avait en effet déclaré qu'il ne pouvait gouverner la Banque de France qu'avec un personnel supérieur qui n'obéirait qu'aux traditions; que l'autorité de ce personnel serait détruite s'il apparaissait partagé entre les directives de la hiérarchie et celles du syndicat et qu'enfin l'impartialité de ce personnel supérieur serait mise en doute par la portion du personnel subalterne non adhérente au syndicat.

Ce point de vue défenseur de l'institution est hautement salué par Hauriou comme le point de vue de la raison et de la justice. L'institution a le droit de vivre et pour son existence même, tous les sacrifices nécessaires à sa vie sont permis. L'arbitrage du Gouverneur dans ce sens et la directive qui en a été la conséquence sont l'application et l'effet de ce que les juges anglais ont appelé le standard de rationalité.

En l'espèce, le standard de rationalité résulte de la mise en équation de trois facteurs :

- l'intérêt de la hiérarchie,
- l'intérêt du syndicat,
- l'intérêt de l'entreprise.

La directive qui en est résultée — incompatibilité de l'affiliation pour les grades supérieurs — respecte à la fois la liberté syndicale, l'intérêt de la hiérarchie et celui de l'entreprise.

Cette souplesse même du standard-directive fait que son domaine relève des parties du droit qui ont besoin de mobilité et d'adapta-

bilité. On peut en donner pour exemple en droit privé : les associations de personnes et de capitaux, les relations entre le capital et le travail, les diverses matières de la législation industrielle. De même le droit public abonde en standards et directives et particulièrement le droit administratif.

Par contre, la règle de droit, *le fond du droit relèvent des domaines juridiques qui sont dominés par le besoin de stabilité* : le droit pénal (définition des délits), le droit commercial (lettre de change), le droit civil (propriété, mariage) (64).

B. — POLICE JURIDIQUE ET DROIT ADMINISTRATIF.

Dans un pays à régime administratif fortement constitué comme la France, le droit administratif semble s'être séparé du droit civil pour absorber en lui tout ce que ce droit contenait de police juridique en ne laissant « à ce droit civil épuré que le fond du droit dans un ensemble cohérent de règles de droit » (65). Cela n'étonne pas le lecteur si l'on songe précisément à la caractéristique fondamentale de la police juridique qui est la souplesse. Or le droit administratif a, plus qu'aucun autre, besoin de souplesse.

C'est à trois niveaux, selon le Doyen de Toulouse, qu'on retrouvera l'emploi des standards - directives :

- dans la procédure par décision exécutoire,
- dans le contentieux suscité par cette procédure,
- dans certaines matières comme les polices et dans les divers moyens de gestion des services publics.

1) Dans le cadre de la décision exécutoire.

La décision exécutoire est elle-même l'exercice d'une prérogative de procédure. En affirmant le droit de l'administration, elle le rend exécutoire sans passer par la validation juridictionnelle : en ce sens elle est source de droit, mais surtout de directives car elle impliquera presque toujours l'affirmation que l'exécution de telle ou telle opération est d'utilité publique ou pour le bien du service et cette affirmation impliquera elle-même des directives sur l'utilité publique ou le bien du service. Ainsi, par exemple, de la décision exécutoire qui ouvre la procédure de l'expropriation et qui contient une déclaration d'utilité publique et implicitement l'idée que l'utilité publique est suffisante pour justifier l'expropriation.

2) Dans le cadre du recours contentieux.

- a) *En ce qui concerne les conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir.*

(64) La dualité de la police juridique et fond du droit, mobilité et stabilité avait déjà été entrevue par le Maître de Toulouse, vingt ans auparavant dans une note sous l'arrêt Carteron (S. 1907.III, p. 97, note d'arrêt, II, p. 123).

(65) Police juridique et Fond du droit, p. 17.

Un exemple suffira : de la condition de recevabilité tirée de la qualité du réclamant le Conseil d'Etat a dégagé deux directives :

— La première est que l'intérêt nécessaire pour que le réclamant puisse saisir le juge n'est pas inévitablement tiré d'un droit acquis mais d'un de ces intérêts légitimes créés par l'administration elle-même, bien que précaires.

— La seconde est que la possibilité de modifier la composition et la majorité du conseil municipal par une action politique ou électorale n'enlève pas au réclamant l'intérêt qu'il a à user du recours contentieux. Il est impossible de soulever ici une exception de recours parallèle.

b) *En ce qui concerne les ouvertures à recours pour excès de pouvoir.*

Un exemple suffira également : « La jurisprudence sur le détournement de pouvoir est un jaillissement de directives » (66). La formule du Conseil lorsqu'il annule une décision pour détournement de pouvoir est que l'auteur de l'acte a usé de son pouvoir dans un but et pour des motifs autres que ceux en vue desquels ce pouvoir lui a été conféré. « Il n'y a (dans ce cas) ni incompétence, ni violation de formes, ni violation de la loi, il y a *fausse directive* » (67).

Ainsi dans les ouvertures à recours, il y a deux pôles d'attraction :

— d'une part, la violation de la loi qui représente la suprématie de la règle de droit, la limitation du pouvoir administratif par un pouvoir non administratif, par un pouvoir extérieur, ce qu'on peut appeler hétéro-limitation;

— d'autre part, le détournement de pouvoir qui représente la survivance du « vieux principe de l'autolimitation » du pouvoir administratif et qui suppose la violation non pas de règles de droit mais de simples directives de bonne administration (68). On retrouve bien là les deux thèses de police juridique et de fond du droit.

(66) Police juridique, p. 22.

(67) Par nous souligné. Police juridique, p. 22.

(68) Duguit dans son *Traité de droit constitutionnel* (3^e édition, pp. 105, 167, 645) a nié à propos de l'autolimitation du pouvoir administratif l'intérêt de l'étude des standards et directives. Dans la mesure où selon Duguit une limitation volontaire n'est pas une limitation, il est logiquement évident qu'il est inutile d'étudier la police juridique. Mais ainsi que répond à juste titre M. le Professeur Waline (*in* Les idées maitresses de deux grands publicistes français : Léon Duguit et Maurice Hauriou, Année politique, mars 1930, p. 46) « Nous savons bien que la subordination à la loi est pratiquement volontaire ; que la peur du gendarme n'y joue aucun rôle ; que pour peu que la masse des citoyens se révoltât contre les lois toute la maréchaussée de France serait impuissante à faire respecter leur autorité. Niera-t-on pour cela que la subordination habituelle du citoyen à la loi pour être volontaire n'en ait pas moins quelque valeur ? » Et M. Waline ajoute que Duguit qui s'efforçait d'être réaliste avait, cette fois-là, manqué d'esprit d'observation.

- 3) *La théorie jurisprudentielle édiflée par le tribunal des conflits et par le Conseil d'Etat en matière de responsabilité des administrations publiques pour faits de service et de responsabilité des fonctionnaires pour faits personnels est un exemple très net de directive.*

« Elle contient en réalité un groupe complexe de directives dont les unes ont eu pour but immédiat de réserver autant que possible les responsabilités administratives à la compétence de la juridiction administrative et se sont dans ce but fortement établies sur le principe de la séparation des pouvoirs, dont les autres qui ont joué le rôle de sous-directives ont défini peu à peu la distinction si intéressante et si neuve du fait du service et du fait personnel » (69).

Pour nous limiter à un exemple, examinons la « sous-directive » qui, selon Hauriou, a distingué fait personnel et fait de service : Lorsque l'administration couvrait son fonctionnaire sous le prétexte qu'il n'avait commis qu'un fait de service et le soustrayait aux poursuites personnelles, elle commettait en somme un déni de justice puisque la victime ne pouvait plus trouver de responsable et, de ce fait, être indemnisée.

Bientôt donc se manifesta l'idée de la responsabilité directe de l'administration publique pour fait de service et de la compétence au fond du Conseil d'Etat pour juger ces cas de responsabilité : « Or, comme la responsabilité pour faute en droit commun trouve son principe dans un quasi-délit et qu'il ne pouvait plus être question d'un quasi-délit du fonctionnaire mis hors de cause, la responsabilité administrative devenait, de ce fait, fondée sur le quasi-délit du service. Ainsi le Conseil d'Etat a-t-il construit dans la matière du fait de service, par une directive très sûre, une très exacte doctrine organique, tout simplement parce qu'il a écarté le principe civiliste de la responsabilité du commettant pour lequel l'organe de la personne morale n'est pas un préposé mais un gouvernement... » (70).

De toute cette analyse de la police juridique sourd l'idée que *la règle de droit n'épuise pas tout le droit et heureusement !* On avait cru en 1789 avoir définitivement établi le règne de la loi. Mais outre que le dogme de la loi, expression de la volonté générale, est sorti très ébranlé de l'épreuve historique, en particulier depuis 1958, « la coutume jurisprudentielle » (sic) tant civile qu'administrative a recouvert la loi de couches plus ou moins épaisses.

Peut-on parler de crise de la règle de droit, se demande Hauriou ? Peut-être mais à condition d'apercevoir que cette crise n'est pas grave car l'essence de tout système juridique réside dans l'équilibre de la règle de droit et de la coutume, en l'occurrence de la règle de droit et de la jurisprudence coutumière discrétionnaire. « L'équilibre rompu

(69) Police juridique, p. 27.

(70) Police juridique, p. 29.

par une poussée trop violente de la loi s'est rétabli par une lente remontée des jurisprudences discrétionnaires » (71).

PARAGRAPHE 2

La décentralisation.

La décentralisation constitue un excellent contrepoids au pouvoir exécutif centralisé. Il n'est dès lors pas étonnant que Maurice Hauriou toujours attiré par les thèses d'équilibre — la notion d'équilibre est au cœur du concept d'institution — ait accordé à la décentralisation une attention considérable. Dès 1892, il publiait à la demande de Laferrière pour le Répertoire de droit administratif une « Etude sur la décentralisation » où il se révèle déjà nettement décentralisateur mais décentralisateur nuancé. Par la suite, il consacrera de nombreux développements à la décentralisation dans toutes les éditions de son Précis de droit administratif (les développements sur cette question s'accroissent avec les années) ainsi que dans les deux éditions des « Principes de droit public » et du Précis de droit constitutionnel.

Bien plus, il élargit la notion de décentralisation à plusieurs domaines voisins. A la décentralisation territoriale, il ajoute très vite la décentralisation par services, la décentralisation résultant du syndicalisme des fonctionnaires, analyse qui recoupe celle de Duguit et enfin la décentralisation résultant de l'administration d'intérêt public. Toutes ces contre-poussées sont des facteurs d'équilibre constitutionnel, politique et administratif, caractérisés chaque fois comme des mouvements modérés, comme des élans de compromis (72).

Mais il faut bien constater que ces décentralisations ne sont pas apparues immédiatement dans l'œuvre d'Hauriou. Les plus classiques, la décentralisation territoriale et la décentralisation par service, sont apparues les premières dès 1892. Les autres, syndicalisme des fonctionnaires et droit corporatif (administration d'intérêt public) ont au départ été niées comme décentralisation (73). C'est par la suite

(71) Police juridique et fond du droit, p. 47. Il convient de préciser que cet équilibre règle de droit - standard directive s'accompagne d'un équilibre loi - règle de droit - règlement. Selon Hauriou le règlement comme le standard et la directive fait partie de la police juridique. Sur ce point, voir Précis de droit administratif, 11^e édition, p. 460.

(72) Cette vue globale sur la décentralisation selon Maurice Hauriou est encore une construction personnelle qui nous paraît dériver naturellement de tous les développements de l'auteur consacrés à cette question. Il faut cependant prendre conscience que tous ces développements ici rassemblés autour de quelques idées maîtresses étaient tout à fait parcellaires dans les éditions des différentes œuvres du Doyen de Toulouse. La difficulté de méthode était d'autant plus grande que, ainsi qu'il arrive souvent dans cette œuvre, le thème de la décentralisation court souvent dans les analyses mais n'affleure pas toujours. Ainsi à la patience du chercheur, il faudrait joindre la divination du sourcier.

(73) Sur ce point, voir « Etude sur la décentralisation », p. 6.

que ces conceptions nouvelles sont nées dans l'esprit de l'auteur qui les a peu à peu développées.

On étudiera successivement :

- les conceptions classiques de la décentralisation (A) ;
- les conceptions nouvelles (B).

Ces deux types de conceptions ne s'excluent pas l'une l'autre. *Dès lors que les secondes ont été découvertes, elles n'ont pas fait disparaître les premières.* Au contraire, la poussée des secondes a accompagné celle des premières dans le même but fondamental : *équilibrer par un dosage modéré le pouvoir exécutif, la puissance publique centralisée.*

A. — LES CONCEPTIONS CLASSIQUES DE LA DÉCENTRALISATION.

En 1892, l'« Etude sur la décentralisation » contient déjà les arguments essentiels de l'auteur en faveur de la décentralisation.

Selon celui qui deviendra le Doyen Hauriou, la nécessité d'une administration locale apparaît dans un pays *dès qu'il dépasse une certaine étendue.* L'étendue de pays qu'une autorité unique placée au centre peut administrer est peu considérable dès qu'on s'éloigne du centre.

1) Les besoins peuvent varier. A côté des besoins généraux peuvent naître des besoins locaux.

2) Même pour les besoins généraux, l'autorité centrale n'y pourvoit que difficilement parce qu'elle est trop éloignée pour se faire obéir.

La tâche des autorités locales ne se bornera donc pas à veiller au fonctionnement des services locaux. Elle consiste aussi à seconder l'autorité centrale dans le fonctionnement des services généraux.

Mais la nécessité d'une administration des intérêts spéciaux apparaît également dans un pays jouissant d'un certain niveau de civilisation et donc de complication administrative. Les services généraux comme les services locaux sont toujours l'enjeu des luttes des partis politiques. De là une certaine instabilité. Or, il est des services particulièrement délicats qu'il est souhaitable de mettre à l'abri de ces perturbations. Ce résultat ne sera obtenu que si l'on met à la tête de ces services des autorités spéciales.

Stabilité du personnel, création de traditions ininterrompues, budget distinct, tels sont les avantages de ce type de décentralisation. « Chez nous, ces administrations spéciales prennent le nom d'établissements publics » (Etude précitée, p. 6).

Peut-on cependant parler de décentralisation ou de centralisation quand des services utiles au public sont rendus par des particuliers ou par des pouvoirs autonomes qui sont organisés en dehors de l'Etat ? Hauriou répond catégoriquement en 1892 par la négative. Il est vrai

qu'il changera d'avis plus tard (74). « Il n'y a lieu de parler de centralisation ou de décentralisation que lorsqu'il est pourvu à l'administration locale et à l'administration des intérêts spéciaux de l'Etat. Centralisation et décentralisation sont deux manières d'être de l'Etat » (Etude précitée, p. 6). Mais il convient de préciser que ces deux manières d'être de l'Etat n'ont trait qu'à l'administration, « c'est-à-dire au fonctionnement des services publics ». *Cette référence au service public ne peut nous étonner puisqu'elle correspond au premier des quatre moments de la pensée d'Hauriou, moment très favorable au service public* (75). Et cette référence au service public permet ici au Maître de Toulouse de distinguer décentralisation et fédéralisme. Un Etat peut être un tout en étant fortement décentralisé. Quant à l'Etat fédéral, il faut distinguer selon les services — services fédéraux très centralisés — services locaux centralisés ou décentralisés selon les cas. « Cela intéresse le droit constitutionnel ou le droit international public, cela n'intéresse pas le droit administratif *parce que c'est indifférent aux services publics* » (Etude précitée, p. 9). Ici le droit administratif s'identifie donc à l'organisation des services publics.

Mais ces services publics peuvent être assurés par deux types d'organes :

— les uns sont nommés par le pouvoir central et agissent par délégation de celui-ci;

— les autres sont nommés par le corps électoral et agissent par délégation directe du souverain.

La même analyse vaut pour les établissements publics. *On en arrive donc ici à définir essentiellement la décentralisation comme la participation directe du corps électoral, c'est-à-dire du souverain à la nomination des autorités administratives locales ou spéciales.*

Pour Hauriou, et à juste titre, c'est le seul critère décisif car la décentralisation, du point de vue des réalités quotidiennes, c'est *la mainmise directe du peuple souverain sur l'administration.*

Si ce critère a été découvert en 1892, il faut se garder de penser que son application aux autorités spéciales que constituent les établissements publics a toujours suivi une ligne rigide. En 1892, Hauriou estime qu'un établissement public n'est vraiment décentralisé que lorsque le corps électoral est appelé à constituer au moins en partie l'autorité placée à sa tête. Il répétera durant une trentaine d'années tout au long des dix premières éditions du Précis de droit administratif (Référence *verbo* établissement public) qu'il y a deux sortes d'établissements publics :

- ceux qui sont décentralisés compte tenu du critère ci-dessus;
- ceux qui ne sont pas décentralisés.

(74) Voir sur ce point, B du même paragraphe.

(75) Sur ce point, voir comment ces quatre moments ont pu être dégagés dans la section II, du chapitre II de cette première partie.

Mais la onzième édition du même Précis en 1927 marque une rupture par laquelle Hauriou *rejoint* les analyses des auteurs actuels (76). « L'établissement public est par lui-même un procédé de décentralisation, en ce sens qu'un service spécial doué d'autonomie est moins centralisé que les services généraux d'un ministère, d'une préfecture ou d'une mairie. Mais, en outre, au point de vue de leur organisation, sont décentralisés les établissements publics dont les organes sont constitués en tout ou en partie par le suffrage direct ou indirect; sont centralisés, au contraire, ceux dont les organes sont nommés par le pouvoir central » (77).

Deux remarques s'imposent ici.

1) Sans doute Hauriou prend-il en 1927 le contre-pied de ses analyses de 1892 puisqu'à cette date il affirmait que « tant qu'une autorité est nommée par le pouvoir central, alors même qu'elle aurait des attributions propres et jouirait d'une certaine autonomie, il y a centralisation ».

2) Mais il faut reconnaître que simultanément il n'abandonne pas en 1927 son critère initial de participation directe du corps électoral.

Comment dès lors combiner les deux critères ? (78).

La construction la plus prudente semble se résumer dans un mécanisme de présomption. Il y aurait décentralisation *par principe* dès lors qu'il s'agit d'un établissement public. Mais la présomption tombe si, pour une raison ou pour une autre, l'autonomie s'évanouit peu à peu (tutelle excessive, budget distinct en apparence, etc...). Alors intervient le second critère qui était initialement unique et qui est devenu « roue de secours » et critère de complément. On peut encore parler de décentralisation en dépit de l'incertitude du caractère d'autonomie, à condition que l'organe de direction dépende d'une façon ou d'une autre du corps électoral.

Cette construction est sans doute très élégante. Il n'en reste pas moins que les analyses d'auteurs modernes, plus sommaires en un sens, ont la vertu de la simplicité.

Tous ces développements — quelle que soit leur évolution dans la pensée d'Hauriou — concernent un *minimum* de décentralisation. Mais la décentralisation est encore susceptible de degrés.

1) Au point de vue du mode de nomination des autorités, il est entendu que le Conseil général du département et le Conseil muni-

(76) Service public doté d'une personnalité juridique et donc d'une certaine autonomie (LAUBADÈRE, « Traité de droit administratif », 1963, pp. 152 et suiv., et 310 et suiv., Rivero, 1962, p. 521 et suiv., Vedel, 1961, p. 508 et suiv., Waline, 1963, p. 631 et suiv.).

(77) P. 245.

(78) L'interprétation qui suit est personnelle quoique se dégageant naturellement des analyses d'Hauriou.

cial sont élus, mais pour la nomination de l'organe exécutif, tous les systèmes demeurent possibles.

2) Au point de vue des attributions, le pouvoir central peut abandonner aux autorités locales la direction d'un plus ou moins grand nombre de services.

3) La tutelle sur les autorités décentralisées peut elle-même être très variable (79).

Le mérite essentiel de la décentralisation réside dans l'accroissement de souplesse et de liberté (80).

— *De souplesse* : Les autorités centrales et les autorités locales collaborent au même service. Pour un même service, le pouvoir central fournit un des éléments, en général le personnel, le pouvoir local fournit un autre élément, en général les bâtiments ou locaux. Quant aux moyens financiers, il peut arriver que l'une des autorités fasse le principal de la dépense et que l'autre fournisse une contribution ou une subvention.

Cette combinaison d'influences sur les mêmes services ne peut que paraître très heureuse à Hauriou, défenseur des systèmes de contre-poids.

— *De liberté* : En effet, la décentralisation aboutit à un accroissement de vie publique car elle augmente le nombre des hommes qui dirigent les affaires publiques ainsi que l'intérêt de leurs électeurs pour les affaires publiques locales. La collaboration de plusieurs autorités indépendantes au même service permet de plus de susciter des émulations très favorables à la démocratie. Sans doute cette vie publique locale peut-elle avoir des aspects fâcheux (manœuvres électorales, dilapidation, persécution de fonctionnaires, autant d'éléments que le très lucide Doyen de Toulouse se refuse d'oublier). « Mais les choses humaines sont toujours ainsi mêlées; il faut savoir découvrir le bien qui se fait par dessous cette agitation mauvaise et voir si tout compte fait il ne l'emporte pas sur le mal » (81).

Mais encore faut-il que la décentralisation soit réelle. Accroissement de souplesse et de liberté certes. Mais que cette souplesse et cette liberté ne se situent pas seulement au niveau des apparences, c'est-à-dire au niveau des décisions juridiques des délibérations d'organes. Rien ne se fait au stade de la décision exécutoire, tout au stade des faits d'exécution. Or, au niveau des faits d'exécution, il semble que le pouvoir central tente de reprendre d'une main ce qu'il a accordé de l'autre. Multipliant les contrôles, refusant les subventions et les

(79) Il semble inutile d'insister sur ces données bien connues où le mérite d'Hauriou réside essentiellement dans un rôle de synthèse.

(80) On peut se demander si le risque de complication des mécanismes qu'implique la décentralisation ne conduit pas, dans certains cas, à de nouveaux cloisonnements et donc à une nouvelle rigidité.

(81) Précis, 6^e édition, p. 427. Cette vue très pluraliste de la vie sociale est bien dans la manière d'un homme pour qui un ménéchisme sommaire séparant artificiellement le bien du mal ou le vrai du faux est peu conforme à la réalité.

autorisations, il peut mettre à néant de nombreuses décisions importantes des collectivités décentralisées. Et c'est l'occasion pour Hauriou de faire une série de propositions pour éviter ces détournements de la décentralisation (82). Ce thème apparaît depuis 1901 et se maintient à travers toutes les éditions jusqu'en 1927 (83).

Si nous avons exposé en premier la valeur politique de la décentralisation, c'est que Maurice Hauriou considère que celle-ci doit être *d'abord* considérée sous cet angle. Pour lui, la décentralisation, mouvement d'origine nationale et constitutionnelle qui tend à restituer à la nation les organes de l'administration locale et les administrations spéciales, s'explique essentiellement dans cette perspective. « S'il ne s'agissait que du point de vue administratif, la centralisation assurerait au pays une administration plus habile, plus impartiale, plus intègre et plus économe que la décentralisation (84). *Mais les pays modernes n'ont pas besoin seulement d'une bonne administration, ils ont besoin aussi de liberté politique* » (85).

Mais si l'angle de la science politique intéresse en premier Maurice Hauriou, le point de vue juridique n'est pas pour autant négligé. Il importe, en effet, de noter que la décentralisation n'est pas pour Hauriou seulement supérieure sur le plan de la science politique mais aussi sur le plan juridique car dans la centralisation le système administratif est simple mais *très peu juridique* : tout repose sur l'administration de l'Etat qui, n'étant limitée par aucune autre, n'ayant à se concerter avec aucun autre, apparaît surtout comme une force brute. Au contraire, « avec la décentralisation, le système se complique mais devient plus juridique » (86). L'administration de l'Etat n'est plus seule, le monde administratif s'est peuplé d'une *quantité d'êtres secondaires* mais avec lesquels l'Etat entre en relations et par là même apparaît comme une personnalité juridique *en même temps que les administrations locales revêtent également la personnalité* (87).

(82) Il est inutile de les préciser ici car ils sont en partie désuets. Mais le problème est très moderne. Une fois de plus, Maurice Hauriou mêle volontairement des considérations tirées de l'observation sociale à celles tirées du monde juridique. Science administrative et droit administratif ne font qu'un pour notre auteur.

(83) P. 65, note I. Une formule frappante : « La tutelle n'est autre que l'histoire de la centralisation persistante des moyens d'exécution » (11^e édition, p. 63). Si nous n'insistons pas sur la tutelle proprement dite, c'est que le Doyen Hauriou ne semble pas avoir émis aucune idée originale à ce sujet.

(84) L'administration locale est plus mauvaise. Le seul moyen d'éviter les abus, selon Hauriou, est de faire du Conseil d'Etat le tuteur de la vie locale. Sur ce point fondamental, voir deuxième partie, chapitre II, section II, paragraphe 2.

(85) Précis, 11^e édition, p. 58.

(86) P. 141.

(87) La même idée de création de personnalités juridiques locales se retrouve combinée aux deux concepts de puissance publique et de service public dans une définition de 1892 (Etude précitée, p. 37). « Au point de vue du droit, la décentralisation est une manière d'être de l'Etat caractérisée par ce fait que l'Etat se résout en un *certain nombre de personnes administratives* qui ont la jouissance de droit de puissance publique et qui *assurent le fonctionnement des services publics* en faisant des actes d'administration ».

Quels sont donc les procédés juridiques de la décentralisation selon le Doyen Hauriou ? Ils sont en principe le contre-pied des procédés de la centralisation. Par conséquent, ils tendent :

- 1) à répartir entre diverses autorités les pouvoirs de contrainte;
- 2) à répartir entre diverses autorités les pouvoirs de décision et à les rapprocher de la compétence technique;
- 3) à répartir aussi entre diverses organisations et même entre les individus par le moyen du mécanisme électoral le choix des organes administratifs.

Quelle est la valeur juridique de ces procédés et par là même la valeur juridique de la décentralisation ?

1) *La décentralisation a soumis à des règles juridiques une bonne partie de la puissance publique qui, jusque là, échappait à toute règle. Et c'est là la première raison de sa supériorité juridique.*

En effet, sous un régime de centralisation, toute l'administration est l'œuvre de l'Etat. Or, l'Etat « discute peu sa propre administration » et la laisse peu discuter. Avec la décentralisation, la discussion commence. Alors la notion d'un acte d'administration conforme au droit tend à se dégager et les conditions de validité se précisent (88).

2) *La décentralisation a provoqué dans le système de droit public et notamment de droit administratif un progrès scientifique important dans la mesure où elle a transformé la notion de la personnalité juridique des départements, des communes, des établissements publics et de l'Etat et qu'elle y a fait entrer la puissance publique tout en permettant un classement méthodique de ses droits.*

En effet, jusqu'au mouvement de décentralisation, la personnalité juridique des collectivités publiques était assimilable à celle d'une personne privée (domaine et modes d'acquisition).

Le domaine public était censé n'appartenir à personne et la police était une force à la disposition de certaines autorités (pouvoirs de police propre du maire ou du préfet). Avec la décentralisation « il n'est guère d'esprit réfléchi qui ne soit disposé à admettre que la puissance publique s'analyse en des droits : droit de domaine public, droit de police, droit d'impôt, droit d'expropriation ... qui font partie de la personnalité juridique de l'Etat, des départements, des communes... » (Etude précitée, p. 61).

Cependant, en dépit de sa grande sympathie initiale pour la décentralisation, Maurice Hauriou à la fin de sa vie modifie sa position : La guerre de 1914 l'a profondément troublé et il se révèle en 1919

(88) Sans doute peut-on faire remarquer que le recours pour excès de pouvoir a commencé de se développer sous un régime où tous les actes d'administration émanaient de l'Etat. Mais Hauriou répond à l'avance à cette objection en affirmant que le mouvement décentralisateur a donné au recours pour excès de pouvoir une impulsion très énergique. Ce qui est exact (Etude sur la décentralisation 1892, p. 60).

centralisateur. Mais, ainsi qu'on le verra, la centralisation qu'il préconise est encore au service des libertés.

Ce n'est, en effet, qu'à la fin de sa vie, dans la préface à la neuvième édition du Précis de droit administratif en 1919, que Maurice Hauriou préfère résolument la centralisation. Quelles en sont les causes ?

D'une part, de par sa situation géographique et ses voisinages, la France n'est pas libre d'adopter n'importe quel régime : Il y a l'Allemagne « avec son énorme population dont la mentalité s'est révélée proche de celles des hordes mongoles du XIII^e siècle. L'Allemagne unifiée et centralisée est campée au milieu de l'Europe comme une menace perpétuelle. Elle impose autour d'elle la paix armée ». Et la paix armée aux yeux d'Hauriou, c'est la nécessaire centralisation militaire, laquelle entraîne une nécessaire centralisation civile.

Vainement objecterait-on qu'il est possible de vouloir conserver l'appareil d'une armée permanente et d'une mobilisation nationale en l'associant à une large décentralisation politique et administrative. En effet, la centralisation militaire donne un pouvoir énorme à l'armée et il n'est possible de conserver les libertés qu'en contrebalançant cette puissance militaire centralisée par une puissance civile centralisée et non en dispersant celle-ci et donc en l'affaiblissant.

D'autre part, « les démocraties sont plongées dans cette contradiction d'être travaillées par un ardent désir de liberté et d'être continuellement menacées d'oppression par des organisations puissantes enfantées par la liberté. Seul un Etat fortement centralisé paraît capable de lutter avec succès contre les puissances intérieures qui, nées de la liberté, se dressent l'une après l'autre pour l'étouffer ».

Maurice Hauriou entend lutter contre les abus nés de la liberté du travail, du commerce et de l'industrie : la constitution des compagnies et grands trusts est néfaste pour la liberté économique et *politique*. Et Maurice Hauriou qui se tient très au courant des ouvrages parus en France et à l'étranger approuve vigoureusement l'analyse de Wilson dans son livre « La nouvelle liberté ». Dans cet ouvrage, il constate que la démocratie américaine est menacée par une nouvelle oligarchie, une oligarchie financière qui a « subalternisé » le Congrès, lequel à son tour a « subalternisé » l'Exécutif (89).

Pour fonder une liberté nouvelle, il faut donc que l'Exécutif lié étroitement au peuple lutte contre les trusts non seulement sur le terrain politique mais même sur le terrain économique. Maurice Hauriou n'hésite pas à écrire (et il a dû en coûter au libéral qu'il était). « De même que le roi de France n'est pas venu à bout des barons féodaux uniquement par ses ordonnances et sa justice mais parce que lui-même était le premier des barons et qu'il usait de ses

(89) Ceci correspond au second moment de la pensée de Wilson. Elu président, celui-ci lutta pour la prépondérance de l'Exécutif alors que dans son livre de professeur paru à la fin du siècle et intitulé « The Congressional Government », il défendait les prérogatives du Congrès.

droits de suzeraineté, de même pour venir à bout de la moderne féodalité financière, il faut que l'Etat moderne soit lui-même un puissant baron financier ». Ce que nous appelons aujourd'hui la lutte contre les groupes de pression au moyen d'un Exécutif fort était déjà contenu dans ces commentaires d'Hauriou sur l'ouvrage de Wilson (90).

Enfin, les syndicats eux-mêmes doivent être bridés. Hauriou, qui n'était pas le réactionnaire que l'on dit, mais seulement un conservateur, n'était pas hostile au syndicalisme en tant que tel. Celui-ci peut être bienfaisant car sa puissance « est une force sociale qui tend à recréer pour les masses populaires, des cadres sociaux qui remplaceront ceux des anciennes classes dirigeantes désormais disparues ».

Mais il n'aime pas plus les abus du syndicalisme : il le reconnaît dangereux quand celui-ci aspire au monopole, à la domination absolue et à la destruction des autres formes de libertés versant ainsi « dans la chimère révolutionnaire et la lutte des classes ».

De même que pour sauver les libertés économique et politique, Hauriou n'hésite pas à donner à l'Etat dans sa lutte anti-trusts des pouvoirs draconiens en matière économique et politique, de même ces pouvoirs doivent être utilisés dans la lutte contre les abus des syndicats. C'est l'application pure et simple de la devise des révolutionnaires de 1789 « Pas de libertés aux liberticides ».

Le mouvement vers la centralisation est donc irréversible aux yeux d'Hauriou et paradoxalement ce mouvement est au service même de la liberté.

Certains arguments exprimés à propos de la décentralisation au sens classique du terme (territoriale et par service) ne sont pas transposables dans les approches d'une décentralisation nouvelle; mais il faut reconnaître que l'essentiel de l'argumentation relative à la valeur politique et juridique de la décentralisation se retrouve, *mutatis mutandis*, dans les formes nouvelles de décentralisation. Le lecteur ne sera pas surpris si on lui annonce que l'idée d'équilibre et de contre-poids est encore à la base de ces formes nouvelles.

B. — LES APPROCHES NOUVELLES DU PROBLÈME.

« Il ne saurait être question de décentralisation là où des services utiles au public sont rendus aux particuliers ou bien par des pouvoirs autonomes qui se sont constitués en dehors de l'Etat... » Ces lignes sont extraites de l'Etude de 1892 et prouvent clairement qu'à l'origine Hauriou n'envisageait que la décentralisation dans son sens le plus classique.

A partir de quel moment a-t-il modifié son point de vue ? Une remarque s'impose immédiatement. *Comme à son habitude, l'éminent Doyen ne change pas d'avis du jour au lendemain. Un jour il émet*

(90) Comme exemple d'une analyse moderne en ce sens, voir Maurice DUVERGER, « La VI^e République et le régime présidentiel ».

une idée dans une modeste note de bas de page, il la laisse mûrir, il la combine avec d'autres idées parcellaires et un jour brusquement naît sa théorie globale qu'un esprit superficiel croit née « ex nihilo ». Ce schéma général correspond bien à la genèse de sa théorie du droit corporatif qu'il considère consciemment comme une modalité nouvelle de décentralisation. Il en est de même de la conception qu'il se faisait du syndicalisme des fonctionnaires.

On étudiera :

- le syndicalisme des fonctionnaires (a) ;
- l'administration d'intérêt public (b).

a) En 1907, dans la sixième édition du Précis de droit administratif, Hauriou émet timidement l'idée que les syndicats de fonctionnaires (pour la première fois évoqués) « constituent des personnes morales libres pour le moment. Nous dirons pour le moment car il est dans la logique des choses, une fois l'organisation corporative établie, qu'elle soit en quelque façon affiliée à l'administration ainsi qu'elle l'était sous l'Ancien Régime » (91).

Ce n'est que dans les Principes de droit public 1910 (première édition) et surtout 1916 (deuxième édition) qu'il construit sa théorie. « Ainsi il s'est produit déjà deux cassures : celles de la déconcentration et de la décentralisation ; il s'en prépare une troisième : celle du syndicalisme des fonctionnaires » (92).

Selon le Doyen Hauriou, la décentralisation par l'établissement public n'est pas autre chose que le syndicalisme des fonctionnaires techniques. Les commissions administratives des établissements publics sont déjà des syndicats de fonctionnaires. Lorsque les postiers, par exemple, demandent à syndicaliser le service des postes, cela signifie qu'ils voudraient qu'il fut organisé comme les services d'assistance confiés aux bureaux d'assistance ou comme les services du commerce confiés aux Chambres de commerce ou comme le service de l'enseignement supérieur confié aux universités.

Le principe est donc le même, c'est la compétence technique des agents qui appelle à soi l'autonomie dans la gestion du service.

Mais que doit-on entendre par syndicalisme de fonctionnaires ? Il est bien évident pour Hauriou que ni le droit de grève ni l'affiliation à la C.G.T. ne sauraient leur être reconnus. Ces prétentions ne sont pas inhérentes à la conception syndicaliste des fonctions publiques, laquelle « n'est point révolutionnaire mais purement corporative et décentralisatrice » (93).

Sans doute l'idéal syndicaliste est-il de gérer la fonction publique non seulement avec autonomie mais aussi à son profit. Mais Hauriou se refuse à examiner cette idée en la qualifiant de collectiviste car elle nie la séparation nécessaire du public et du privé. C'est surtout à

(91) P. 286.

(92) Principes de droit public, 1910, p. 479.

(93) Principes, p. 489.

propos de l'enseignement supérieur que l'éminent Doyen fait la critique du syndicalisme des fonctions publiques.

Il constate d'abord que l'enseignement supérieur, depuis 1885, est organisé de façon corporative. La constitution des universités, l'autonomie accordée à leurs conseils élus et aux conseils de facultés, les ressources budgétaires mises à leur disposition ont donné à l'enseignement supérieur une grande force. Par ailleurs, les membres de l'enseignement supérieur ont conquis la pleine liberté de leur enseignement, de leurs opinions personnelles, de leur liberté de conscience.

Mais les précautions de la puissance publique ont été nombreuses.

1) La corporation universitaire a été créée par le gouvernement lui-même.

2) Créée comme un établissement public, la corporation universitaire apparaît donc comme un rouage de l'administration publique de l'Etat.

3) La corporation universitaire ne se coopte pas ou du moins si une part de cooptation subsiste (avec les concours d'agrégation nationaux), des précautions sont prises pour écarter « les abus du recrutement local avec son cortège fatal d'actes de népotisme ».

4) Les situations individuelles des membres de l'enseignement supérieur ne sont pas laissées à la discrétion de la corporation. Statut, pouvoir disciplinaire, traitements relèvent du pouvoir central avec quelques contrôles il est vrai.

5) Les fonds de l'université ne peuvent être employés à des augmentations de traitement.

6) Enfin, existe un recteur d'Académie, représentant du gouvernement, chargé d'exécuter les décisions du Conseil d'université dont il est le Président.

« Eh bien ! Pour qui connaît la vie universitaire et pour qui a pratiqué les Conseils de l'université, ce luxe de précautions n'est pas inutile, il n'est pas une de ces règles qui ne soit tutélaire... Il en est de la décentralisation par la corporation comme de la décentralisation par l'autonomie départementale ou communale. Toutes ces tendances ont leurs avantages et leurs inconvénients, *il existe un point d'équilibre qu'il ne faut pas dépasser où le bien l'emporte sur le mal. Si on le dépasse, c'est le mal qui l'emporte* » (94).

Cette notion d'équilibre qui court mais n'affleure pas toujours est ici hautement exprimée. Mais cet équilibre est toujours précaire et il faut, selon les cas, défendre la décentralisation ou défendre la centralisation. *A l'occasion de l'enseignement, Maurice Hauriou défend une certaine centralisation. Dans d'autres cas, il prône une décentralisation.* Le meilleur exemple qui puisse en être donné est tiré d'une de

(94) Principes, p. 493 (271) qui correspond en réalité à une déconcentration.

ses notes au Sirey 1920 (96). Dans cette note, l'auteur remarque que la faillite de la réforme de 1882-1886 en ce qui concerne l'obligation scolaire est celle du système tout entier. « Si réellement le but poursuivi était la fréquentation de l'école primaire et la diffusion de l'instruction, on a fait fausse route. Au système de la centralisation, il eut fallu substituer celui de la liberté locale... » (Note précitée). Le mal a donc été une centralisation excessive, le remède se trouve donc dans une décentralisation et à un retour aux franchises locales. L'auteur propose donc que l'enseignement primaire redevienne une entreprise communale, qu'il soit dégagé des liens politiques qui l'attachent au préfet (96) et qu'on le rattache aux universités régionales.

Dans une autre note (97), *il défend le même point de vue sous un angle de science politique*. « On ne peut que conseiller aux autorités la prudence pour toutes les matières qui touchent aux franchises locales, aux libertés individuelles et particulièrement à la liberté de conscience ». Son principal argument est que les populations dont les susceptibilités et les fiertés ont été réveillées par les gloires de la guerre ne supporteront pas comme par le passé les brimades administratives. Il suggère donc une autolimitation volontaire de l'administration en observant, qu'à tout prendre, s'il est une leçon qui ressort de la guerre, c'est l'insuffisance du pouvoir central à faire face à la crise. On ne saurait mieux dire qu'il a eu besoin de toutes les forces vives de la nation, individus, associations, corporations, syndicats, églises, départements et communes (98).

Ainsi Hauriou a révélé sa conception très large de la décentralisation. *Au fond, pour lui, est décentralisation tout phénomène consistant à répartir le pouvoir à la périphérie, quelle que soit cette périphérie*. De là sa conception de l'administration d'intérêt public entendue comme décentralisation.

b) *L'administration d'intérêt public.*

Si la décentralisation administrative classiquement entendue restitue à la nation la gestion de ses propres intérêts, la constitution de la catégorie de l'administration d'intérêt public confiée à des établissements privés la lui restitue encore mieux puisque cette administration sans doute en *contact* avec le gouvernement ne serait ni sous sa direction ni sous sa tutelle.

La conception qui doit dominer la politique suivie par l'administration se ramène à deux propositions :

(95) III, p. 41, Aff. commune de Lésigny, C.E. 2 février 1917.

(96) Sur ce point, Hauriou songe probablement à la nomination de l'instituteur.

(97) S. 1916, III, p. 33, Affaires communes de Villefagnan, de Pradelles et de Saint-Marc.

(98) Encore une fois pour Hauriou, la science politique et administrative est inséparable du droit administratif.

— d'une part, tout service rendu au public, sans pensée de lucre par une institution durable est virtuellement du domaine de la fonction administrative;

— d'autre part, l'administration publique, en tant que corps organisé, ne peut pas accaparer tous ces services soit parce que matériellement elles les générerait fort mal, soit parce que cela romprait « l'équilibre foncièrement individualiste de l'Etat » (99).

Il faut donc laisser une certaine liberté à la création des institutions sans but lucratif, à condition qu'elles ne constituent jamais une concurrence dangereuse pour l'administration publique. Pour cela, il faut donc surveiller, contrôler. Ici encore le lecteur retrouve le dosage nuancé entre les exigences contradictoires :

— création libre certes,

— mais en même temps pouvoirs modérés de domination et de contrôle sur l'administration d'intérêt public (100).

Dosage, équilibre, contrepoids sont donc encore ici la clef de tous ces développements. Il en ira de même de la notion de moralité administrative.

PARAGRAPHE 3

La moralité administrative.

La décentralisation en ses sens classiques et nouveaux faisait contrepoids au pouvoir exécutif, à la puissance publique centralisée, de même que la police juridique faisait contrepoids au législateur.

La moralité administrative fait ici contrepoids à l'ensemble — y compris le pouvoir judiciaire — dans la mesure où elle inclut un certain nombre de principes généraux qui ont pour Hauriou valeur constitutionnelle. Le mécanisme de contrepoids atteint ici sa perfection car même le pouvoir judiciaire est contraint de s'incliner.

On savait déjà que le système juridique était constitué essentiellement par l'équilibre des règles de droit légales et des jurisprudences discrétionnaires. Mais « ce système serait incomplet s'il n'existait pas un magistrat chargé de surveiller et de régler l'équilibre fondamental » (101). La balance sera-t-elle tenue égale entre les deux pôles du système juridique et qui la tiendra égale ? Les principes juridiques joueront ce rôle.

(99) Principes de droit public, p. 494.

(100) On n'insiste pas plus sur l'administration d'intérêt public avec les analyses précises qu'Hauriou lui consacre (fondations, associations, etc...) dans la mesure où ses idées deviennent sur ce point beaucoup moins originales. Seul le principe de l'administration d'intérêt public devait être ici exposé dans la mesure de son rapprochement avec des modes de décentralisation plus classiques.

(101) Police juridique et Fond du droit, p. 47.

Hauriou entend par là les grands principes d'équité et de modération dominant le fond du droit et non pas les simples maximes s'appliquant à des matières déterminées ou bien les brocards de procédure. Alors que les maximes et brocards se rattachent à la tradition et sont sujets à évoluer, *les grands principes d'équité développés plus tardivement se rattacheraient plutôt à la raison et, une fois dégagés, seraient susceptibles de s'appliquer aussi longtemps que durera l'organisation rationnelle de l'Etat.* Les deux exemples les plus remarquables de ce genre de principe sont, d'une part celui de l'enrichissement sans cause, d'autre part celui de l'abus de droit.

A quel titre ces principes d'équité font-ils partie de la légalité ? Pour Hauriou, ils devraient faire partie d'une *super-légalité*. *Ils devraient être insérés dans la constitution écrite de même que le principe de la non-rétroactivité des lois.* « Ce sont les principes constitutionnels du commerce juridique dont ils visent deux conditions essentielles, savoir : l'équivalence des prestations et l'usage normal des droits » (102).

Ces principes ont une importance décisive car, grâce à eux, la doctrine maintient les pouvoirs discrétionnaires du juge dans les limites de la couche supérieure de la légalité.

Ainsi donc l'architecture du système juridique se dessine selon trois niveaux :

- au niveau inférieur, la couche des standards et directives,
- au-dessus la couche des règles de droit écrites qui contrôlent et limitent le pouvoir discrétionnaire de la jurisprudence,
- et plus haut encore que ces deux couches et pour en régler l'équilibre, le double magistère des principes juridiques et de la doctrine.

Hauriou avait été amené à découvrir ces principes qui forment le contenu de la morale administrative en comparant le système du Common Law et le système français. Il affirme (103) : « Mais ces principes juridiques supérieurs, nous les possédons aussi et ce sont les mêmes *puisque ce sont les principes individualistes tirés des grandes idées civilisatrices qui ont fait la civilisation sédentaire.* » Et il ajoute (104) : « C'est l'ensemble des principes fondamentaux qui déterminent la validité juridique des actes. »

La pensée du Doyen Hauriou peut se résumer dans les deux propositions suivantes :

(102) Police juridique et fond du droit, p. 49. M. Benoit Jeanneau dans sa remarquable thèse sur les « Principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative » impute (p. 195) à M. Cornu (dans « Etude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public ») l'expression « vieux principes du commerce juridique ». C'est exact mais il semble bien que M. Cornu ait emprunté cette expression au Doyen Hauriou (voir au texte).

(103) Précis de droit constitutionnel, p. 236.

(104) P. 238.

— les principes juridiques supérieurs qui inspirent et dirigent l'activité du juge se situent dans la hiérarchie des normes au-dessus de la loi écrite,

— ils ne sont pas l'œuvre du juge qui se trouve à leur égard dans un état de subordination (105).

Il faut cependant prendre garde que toute cette discussion est relative aux principes généraux du droit, matière très liée à la moralité administrative mais distincte d'elle.

— Les principes généraux du droit sont distincts de la moralité administrative en ce qu'ils dépassent largement les principes de bonne administration.

— *Par contre, la théorie de la moralité administrative prend sa source — implicitement mais nécessairement — dans la théorie des principes généraux du droit.* En effet le fond de la théorie de la moralité administrative réside dans le dépassement nécessaire de la notion bornée de légalité. Pour le Doyen Hauriou le détournement de pouvoir marque la subordination du pouvoir administratif au bien du service, notion qui dépasse celle de légalité et qui permet de restreindre le pouvoir dans ce qu'il a de plus discrétionnaire : les mobiles qui le font agir. « La légalité dont les règles générales sont rigides ne saurait pénétrer dans la région des mobiles sans tuer la spontanéité du pouvoir discrétionnaire : au contraire la moralité administrative descendant avec le juge dans les cas particuliers peut pénétrer dans cette région sans tuer cette spontanéité » (106). *Seule la référence à des principes supérieurs (superlégalité) permet d'expliquer cette analyse.*

Sans doute, pour la combattre, il fut objecté à Hauriou que la moralité administrative n'était pas autre chose que l'esprit général de la loi et qu'en conséquence le détournement de pouvoir n'était autre que la violation de l'esprit de la loi, cas particulier de la violation de la loi. Ainsi tous les cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir devraient se ramener à la violation de la loi et la distinction entre légalité et moralité n'avait désormais plus de sens.

Mais Hauriou répond ici vigoureusement que l'esprit des lois administratives ne se confond pas avec la moralité administrative pas

(105) M. Benoist Jeanneau exprime sur ce point son désaccord en ceci qu'il pense que le rôle du Conseil d'Etat n'est pas aussi modeste que le laisse croire cette analyse : il dégage les principes, ce faisant il les choisit et contribue à les créer (Thèse précitée, p. 221). Sur ce thème, voir également deuxième partie, chapitre I, section II, paragraphe 2.

(106) Précis de droit administratif, 11^e édition, p. 420. Il convient de préciser que la notion de moralité administrative s'est dégagée tardivement dans l'œuvre de l'auteur. On en trouve une trace légère à partir de 1907 à propos de développement sur le droit disciplinaire et le détournement de pouvoir. Et le terme lui-même ne se trouve même pas à l'index. L'édition de 1892 n'en contient aucune allusion même indirecte. La 2^e, la 3^e et la 4^e édition contiennent peut-être une préfiguration de cette théorie dans les analyses du détournement de pouvoir qui permet d'annuler les actes légaux mais accomplis en dehors de l'esprit de la fonction (1893, p. 203, 1897, p. 318, 1901, p. 289, 1903, p. 290).

plus que l'esprit des lois civiles ne se confond avec la moralité individuelle. « L'esprit de la loi c'est la limite à imposer aux droits dans l'intérêt de la justice; l'esprit de la moralité c'est la directive à imposer aux devoirs dans l'intérêt du bien; il y a un écart entre ce qui est juste et ce qui est bien » (107).

Il est donc évident, aux yeux d'Hauriou, *que la moralité administrative dépasse la légalité et qu'ainsi le détournement de pouvoir dépasse en profondeur d'action la violation de la loi.*

Mais il ne faut pas se dissimuler que si par ce biais le recours pour excès de pouvoir s'inscrit dans le cadre du droit disciplinaire, les difficultés de contrôle de la moralité administrative sont considérables, d'une part, en raison de l'incertitude inhérente à toute analyse d'intention, d'autre part, en raison du caractère contingent de la notion même de morale. Il est vrai que sur ce dernier point Hauriou semble répondre par avance à l'objection par des affirmations péremptoires sur la morale et les mœurs : « Il ne faut pas non plus essayer de déplacer la question et de la transporter sur le terrain des mœurs sous le prétexte que celles-ci ont évolué et que ce qui paraissait choquant ne le paraîtrait plus. Ne confondons pas les mœurs et la morale; les mœurs changent, ce n'est pas une raison pour qu'elles deviennent meilleures car il y a de mauvaises mœurs. *La morale, elle, ne change pas* » (108). Il est bien évident que *cette conception statique de la morale facilite le raisonnement : en l'occurrence, le contrôle de la moralité administrative pourra s'opérer à partir de critères stables.*

Les conséquences de cette conception sont assez cohérentes : le rigorisme moral est une des données fondamentales de l'œuvre administrative d'Hauriou. Ainsi le grand Doyen est-il hostile à l'égard des spectacles. Il considère comme « fâcheux symptôme de décadence morale » l'enthousiasme des villes du Midi pour les corridas (109). Il en est de même du théâtre qu'il pourfend avec une fougue qui fait sourire le lecteur contemporain. « Ce ne serait peut-être pas le moment d'ériger en services publics les entreprises de spectacles et de théâtre qui ne présentent aucune nécessité, même financière, dont l'inconvénient majeur est d'exalter l'imagination, d'habituer les esprits à une vie facile et fictive, au grand détriment de la vie sérieuse et d'exciter les passions de l'amour lesquelles sont aussi dangereuses que celles du jeu ou de l'intempérance » (110). De même, dans la note sous l'arrêt Esquieu précitée, Hauriou est très hostile aux classes mixtes, le mélange des sexes dans une même classe étant peu recommandable au point de vue moral. Il rappelle la maxime traditionnelle *Maxima debetur puero reverentia* et affirme qu'il faut éviter soigneusement toute occasion d'éveiller chez l'enfant « l'instinct de l'espèce qui s'éveillera

(107) Précis de droit administratif, 11^e édition, p. 420.

(108) Note sous l'arrêt Esquieu, C.E. 20 janvier 1928, S. 1928, III, p. 49 ; notes d'arrêts III, p. 776.

(109) Note sous l'arrêt Ville de Dax, S. 1898.3.145, notes d'arrêts II, p. 547.

(110) Note sous l'arrêt Astruc, Sirey 1916.III.41, notes d'arrêts, I, p. 332.

bien assez tôt tout seul ». Et cette espèce de honte et de répulsion à l'égard des choses sexuelles lui permet d'écrire en toute sérénité « *En somme sur chaque enfant d'âge scolaire on devrait supposer collée l'étiquette « danger d'explosion »*. Cette formule, par son exagération même, est d'autant plus révélatrice qu'Hauriou est un homme de mesure qui prend de la distance sur les faits, qui *médite longuement ses notes d'arrêts*. De même, enfin, son incompréhension chagrine à l'égard de l'attitude du Conseil d'Etat qui n'a pas songé à opposer l'adage *Nemo auditur* au recours des Demoiselles Dol et Laurent alors que la galanterie n'est pas un droit mais se situe dans la région de la tolérance méprisante et que le recours pour excès de pouvoir, orgueil de la cité... n'a pas entrée dans le quartier réservé » (111).

Toutes ces citations rendent un son singulièrement conservateur. Mais il faut bien apercevoir avant de juger que cette conception de la moralité et de la moralité administrative est liée dans l'esprit du Doyen à la fonction administrative (112). L'institution du détournement de pouvoir — berceau de la moralité administrative — lui paraît signifier très clairement que le droit administratif français considère le fonctionnement de l'administration comme dominé par l'idée d'une fonction administrative à remplir, dont les buts généraux doivent servir de mesure et de norme aux pouvoirs des agents (113). « Mais cette légalité générale qui ne se condense en aucun texte précis se confond en réalité avec la nature des choses, interprétée par les principes généraux de notre régime d'Etat... » (114). En d'autres termes, la moralité administrative ne se comprend que par référence aux principes généraux de la civilisation sédentaire. *Tout s'éclaire désormais : la morale est stable parce que ces principes le sont et ces principes le sont parce qu'ils doivent l'être, sans quoi la civilisation elle-même disparaîtrait.*

La morale rigoriste d'Hauriou, la théorie de la moralité administrative, le détournement de pouvoir, les principes généraux, ces quatre rubriques forment un bloc intellectuel inséparable, contrepoids puissant à toutes les forces aveugles de la puissance publique qu'elle soit législative, gouvernementale et administrative et même judiciaire dans la mesure où le juge est contraint d'appliquer les principes non écrits. La moralité administrative, comme la décentralisation et la

(111) Note sous Dol et Laurent, S. 1918-1919-3-33, notes d'arrêts, I, 63.

(112) Elle est liée également à ses croyances religieuses. Mais la liaison n'est pas inévitable. Très nombreux sont aujourd'hui de vrais croyants dont la vie est imprégnée de morale religieuse mais dont l'attitude est moins rigide et austère et plus souriante. La religion explique en partie les positions d'Hauriou. Mais il ne faut pas tout ramener à elle. Son conservatisme individualiste foncier explique également en partie ses positions.

(113) Cette conception est à rapprocher de l'ouvrage d'Ihering, paru en 1875, sous le titre de « *Zweck im Recht* ». Mais l'institution du détournement de pouvoir est antérieure à la théorie des buts dégagée par Ihering.

(114) Note sous l'arrêt Boulanger de Poitiers, C.E. 1-21, 1901, S. 1901, III, p. 41 ; notes d'arrêts, I, p. 144.

police juridique, est adonnée à la théorie de l'institution. Tel est ce système général de contrepoids.

Ce système des contrepoids apparaît ici comme un remarquable mouvement d'horlogerie vivant dans une perfection autarcique.

CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER

Sans doute la suprématie de la puissance publique centralisée est-elle restée incontestée. Hauriou ne peut que s'en féliciter puisqu'il faut donner au gouvernement et à l'administration un large pouvoir discrétionnaire; mais au moins se trouve-t-elle fortement canalisée par tous les cadres de la civilisation sédentaire. La théorie de l'institution constitue à la fois la source et le carrefour de tous ces contrepoids. En dépit de certaines obscurités, elle les adosse à une synthèse unique caractérisée par l'autolimitation objective. Telle est l'approche spécifique du Doyen Hauriou. Tout au long des développements du chapitre II, cette approche se révélera et confèrera une grande unité à des analyses en apparence quelquefois différentes.

« Les données de la personnalité juridique, des droits subjectifs de la propriété, de la responsabilité sont de mise chaque fois seulement qu'il s'agit de régler les relations avec autrui, c'est-à-dire des relations dans lesquelles il y a des relations entre deux parties en cause. »

(Principes de droit public, p. 98 et suiv.)

CHAPITRE II

LES CHAPITRES MAJEURS

S'il est indispensable de procéder à cette analyse, encore faut-il légitimer le choix des chapitres analysés. Pourquoi tel chapitre et non tel autre ? Quelle est la méthode de sélection ? *Les matières analysées ont ceci de commun que Maurice Hauriou a manifesté dans leur exposé sa profonde originalité.* Sans doute l'éminent Doyen, tout au long des développements de son Précis et de ses notes d'arrêts, renouvelle-t-il par telle remarque ou telle parenthèse furtive le droit administratif de son temps. Mais il existe certaines matières qui appartiennent en propre à notre auteur. Ce sont ses fruits intellectuels spécifiques. *Ils méritent d'être ici rappelés et insérés dans le mouvement et le renouvellement constant de sa pensée.*

On étudiera donc successivement :

- La décision exécutoire (section I).
- Le service public (section II).
- La responsabilité administrative (section III).
- Le domaine public (section IV).
- La fonction publique (section V).

SECTION I

LA DECISION EXECUTOIRE

Pour Maurice Hauriou, le droit administratif français est, au point de vue du droit public général, un droit d'équité fondé sur la prérogative de l'administration. Ce caractère de droit d'équité nous intéresse ici médiocrement. Par là, Maurice Hauriou veut dire qu'il est différent du droit commun par ses origines et par ses principes.

Mais la caractéristique de *prérogative de l'administration* intéresse directement nos développements. La prérogative implique que notre droit administratif règle les rapports de l'administration et des administrés *en admettant entre les deux parties une inégalité fondamentale*, en reconnaissant que l'administration est soustraite au droit commun, en organisant juridiquement pour elle des privilèges.

Le plus important et le plus connu de tous ces privilèges est la décision exécutoire.

PARAGRAPHE 1

La définition.

Une première remarque s'impose. En 1892, la pensée administrative du Maître est encore dépourvue de maturité. Cependant, sa définition de la décision exécutoire est étonnement moderne malgré les apparences.

Le terme apparaît dès la 1^{re} édition de son Précis de droit administratif en 1892. Il se maintiendra jusqu'en 1927, date de la 11^e édition après avoir subi quelques transformations.

Au départ, à la table alphabétique des matières, le mot « décision exécutoire » renvoie à « acte d'administration ».

« L'acte d'administration est une décision exécutoire prise au nom d'une personne administrative par un représentant légal en vue de produire un effet de droit » (1).

Tous les éléments de cette définition sont pesés par l'auteur.

1) L'acte d'administration est une décision, c'est-à-dire une manifestation de volonté. Par là, la théorie de l'acte d'administration se rattache à la théorie du consentement.

2) Il n'y a acte d'administration que lorsque la décision est exécutoire. Elle l'est dans deux directions :

(1) Précis de droit administratif, 1^{re} édition 1892, p. 160.

a) à l'égard des tiers (l'arrêté de police),

b) à l'égard de la personne administrative elle-même. C'est l'exemple classique de la décision provenant d'un organe délibératif représentant la personne administrative et s'imposant immédiatement à l'organe exécutif représentant de cette même personne administrative (délibération du Conseil municipal enjoignant au maire de passer un marché).

Sans doute « dans la conduite humaine, les décisions que nous prenons à l'avance nous obligent bien nous-mêmes à exécution et par conséquent sont des actes d'autorité vis-à-vis de nous-mêmes; *seulement, le droit ne peut les saisir, tandis qu'il les saisit ici* » (2).

Cette notation psychologique très caractéristique de « la manière » d'Hauriou sera, au fil des éditions, développée, durcie et peu à peu ciselée (3). Dans la 11^e édition (4), cette remarque embryonnaire est devenue adulte et Maurice Hauriou expose que cette séparation entre la décision et l'exécution s'explique pour deux raisons :

— Une raison de bonne administration car il est bon pour l'administration de réfléchir avant d'agir. « D'une part, les éléments importants seront mieux étudiés, d'autre part, la décision pourra être prise par une autorité plus relevée possédant plus de compétence que n'en ont les agents d'exécution » (5).

— A cette raison de science administrative, il ajoute une raison juridique, la séparation de la décision exécutoire et des mesures d'exécution répondant à une nécessité de l'action juridique *vis-à-vis des tiers*. « Le poursuivant va exécuter lui-même ce qu'il prétend être son droit sans le faire vérifier...; au moins faut-il qu'avant de passer à l'exécution, il affirme lui-même la légitimité de son droit d'une façon publique ». *L'idée d'Hauriou est que cette affirmation publique constitue un élément indispensable de la procédure car il est le seul qui, dans la réalité quotidienne* (6), *est susceptible d'engendrer la contradiction et donc de créer le contentieux*.

Cette position logique et pratique est très satisfaisante pour l'esprit. Cependant, la jurisprudence du Conseil d'Etat semblait désapprouver cette interprétation puisque par un arrêt Laroche (7) (témoin d'une jurisprudence constante), il était décidé que l'absence de publicité d'une décision exécutoire ne constitue pas « un vice propre... de nature à entraîner l'annulation ».

(2) 1^{re} édition, p. 161.

(3) Ceci est également très caractéristique d'Hauriou qui lance des idées dont il n'est pas très sûr, les laisse éprouver par le temps, semble s'en désintéresser totalement et un jour les reprend et les développe.

(4) 1927, p. 355.

(5) Maurice Hauriou se présente ici comme défenseur de la centralisation alors qu'il est généralement présenté comme décentralisateur. On a étudié plus haut son opinion nuancée sur ce problème (paragraphe 2, section II du chapitre I de cette même partie).

(6) Hauriou est un grand réaliste.

(7) 27 mars 1914, S. 1914, III, p. 97.

Et Maurice Hauriou de façon très cohérente critique la solution.

Sans doute reconnaît-il que — heureusement — les mesures de publicité antérieures à la conclusion de l'acte sont des éléments de forme de la décision; ainsi de l'enquête de *commodo* et *incommodo* précédant la déclaration d'utilité publique d'une expropriation dont l'absence entraînerait l'annulation de la décision. De même, les mesures de publicité *concomitantes* de l'acte sont également considérées comme des éléments de forme essentiels (ainsi de l'élection ou de la délibération du Conseil municipal ou général). *Mais notre auteur déplore qu'il n'en aille pas de même pour les mesures de publicité postérieures à la conclusion de l'acte. « Tout cela est exact du point de vue de la logique des actes juridiques, mais n'est pas satisfaisant pour la vie »* (8).

Et plus loin, « Il faut se défier des solutions que les juristes sont seuls à approuver. La conscience moderne exige que l'administration agisse au grand jour ».

C'est donc *au nom des droits du public* que Maurice Hauriou exige la publicité de la décision exécutoire et il pense si peu que cette solution soit conforme au droit positif qu'il propose même un texte de loi aux termes duquel « Toutes les décisions administratives, susceptibles d'être publiées doivent l'être, à peine de nullité, dans le délai d'une quinzaine » (9).

En conséquence, c'est son réalisme même qui le conduit à ne pas demeurer dans la position confortable d'un positivisme trop sommaire et à raisonner de *lege feranda*.

PARAGRAPHE 2

La décision exécutoire et la distinction des actes d'autorité et de gestion.

A cette définition initiale renvoyant la décision exécutoire à l'acte d'administration, il faut ajouter qu'en 1892 le concept de décision exécutoire est fortement lié dans l'esprit d'Hauriou à *la déjà vieille distinction d'actes d'autorité et d'actes de gestion* (10). En effet, la décision exécutoire est la manifestation par excellence de la puissance publique. Dans l'acte d'autorité, la volonté de la personne administrative reste indépendante et entière, « elle conserve son vrai caractère qui est d'être impérieuse ». L'acte d'autorité est donc le *domaine par excellence de la décision exécutoire*. Par contre, dans l'acte de gestion, l'autorité administrative est liée par le fait même qu'elle a

(8) Note d'arrêt sous Laroche, II, p. 74. Hauriou affirme toujours les droits imprescriptibles de la vie contre les inventions des théoriciens.

(9) Note d'arrêt précitée, p. 75.

(10) Ils sont étudiés au sein du même paragraphe, « Définition, classification, nature des actes d'administration », p. 260. Précis 1892.

conféré un droit à un tiers, elle est diminuée et abdique son caractère impérieux. « L'acte d'autorité est toujours un acte de puissance publique tandis que l'acte de gestion peut être un acte de personne privée » (11).

Mais la distinction autorité-gestion ne semblait pas beaucoup satisfaire Maurice Hauriou puisqu'il a multiplié les définitions de ces deux concepts *pour leur donner ensuite une place de moins en moins éminente dans son analyse de l'acte d'administration.*

Il a multiplié les définitions.

1892 : « Les actes d'autorité sont ceux dont l'effet de droit ne se traduit pas par un déplacement de valeur pécuniaire dans le patrimoine de la personne administrative ».

« Les actes de gestion sont ceux dont l'effet de droit se traduit par un déplacement de valeur pécuniaire dans le patrimoine de la personne administrative » (12).

1893 : « Les actes d'autorité sont ceux qui ne confèrent pas aux tiers de droits acquis ».

« Les actes de gestion sont ceux qui confèrent aux tiers des droits acquis » (13).

1897 : « L'acte de puissance publique est la manifestation de la volonté administrative dans ce qu'elle a de libre et de discontinu » (14).

« Les actes de gestion... sont des actes de puissance publique secondaire... car ils se présentent comme des mesures d'exécution d'actes de puissance publique qui les ont précédés » (15).

Si l'on a exposé ces critères successifs c'est moins pour montrer l'incohérence ou les difficultés de la distinction autorité-gestion que pour révéler les difficultés de la combinaison (au sein de la catégorie de l'acte d'administration) de cette distinction avec la décision exécutoire. La décision exécutoire ne gagnait rien à se marier avec cette distinction douteuse et peu cohérente. Ce n'est qu'en 1901 que la combinaison prend un sens.

Deux paragraphes s'opposent :
dans la 4^e édition

— § 2. Les décisions exécutoires prises par la voie d'autorité et les recours contentieux en annulation.

— § 3. Les décisions exécutoires prises par la voie de la gestion et les recours contentieux de pleine juridiction.

On remarque immédiatement ici que :

1) Maurice Hauriou ne pense plus en 1901 (ce qu'il pensait en 1892) que les actes d'autorité sont le domaine d'élection de la déci-

(11) Précis 1892, p. 163.

(12) Précis, pp. 162-163.

(13) Précis, p. 188.

(14) Précis, p. 280.

(15) Précis, p. 289.

sion exécutoire, celle-ci n'ayant que peu d'importance dans le cadre des actes de gestion.

Au contraire, il semble accorder l'utilisation de la décision exécutoire aux deux catégories d'actes de façon très équilibrée.

2) Sans doute l'idée que l'acte de gestion conduit inévitablement à un contentieux de pleine juridiction tandis que l'acte d'autorité conduit au contentieux de l'annulation n'est-elle pas très exacte; *il n'en restait pas moins que la distinction des deux contentieux permettait d'enrichir le concept de décision exécutoire.*

En 1903, la 5^e édition révèle encore une modification : « Toute décision exécutoire tendant à modifier par elle-même une situation juridique antérieure tendra par là même à traduire un effet de droit ». Pour déterminer si un acte d'administration est ou n'est pas une décision exécutoire il suffit d'examiner s'il tend à modifier une situation juridique antérieure. Dans l'affirmative, il s'agit bien d'une décision exécutoire.

Par ailleurs, la distinction autorité-gestion qui a joué en 1901 un rôle de classification ne joue plus désormais aucun rôle dans l'analyse de la décision exécutoire. Autorité-gestion sont désormais deux concepts dont l'analyse est séparée de celle de la décision exécutoire par plusieurs dizaines de pages. *Visiblement, ils n'inspirent plus la théorie de l'acte d'administration.*

PARAGRAPHE 3

La décision exécutoire et la liaison du contentieux.

En 1927, date de la 11^e édition (16), il ne reste plus au Doyen Hauriou qu'à présenter la question de façon magistrale en la rattachant à l'histoire générale du droit administratif français. « La décision exécutoire est toute déclaration de volonté en vue de produire un effet de droit vis-à-vis des administrés, émise par une autorité administrative, dans une forme exécutoire, c'est-à-dire dans une forme qui entraîne l'exécution d'office ».

Cette définition établit le lien entre la décision exécutoire administrative et la procédure d'action d'office. Comme le reconnaît lui-même Maurice Hauriou, ce lien n'était pas apparu clairement dans les premières éditions et dans l'article de 1903 publié en collaboration avec M. de Bezin (17).

Mais la nouveauté de l'analyse ne réside pas dans ce rattachement de la décision exécutoire à la procédure d'action d'office (idée implicitement contenue dans les premières éditions quoiqu'en dise notre auteur) mais dans une présentation nouvelle : *la liaison du conten-*

(16) Les 6^e, 7^e, 8^e, 9^e, 10^e éditions sont peu intéressantes sur ce point.

(17) Revue trimestrielle de Droit civil, 1903, p. 543.

tieux par la décision exécutoire. Toute décision exécutoire prise par l'autorité administrative compétente sur une question contentieuse ou susceptible de le devenir contient d'avance l'acceptation de l'instance qui pourra être engagée sous forme de recours contentieux contre cette décision.

Cette analyse vient s'insérer naturellement dans un ensemble plus vaste. Pour notre auteur, le grand développement du contentieux dans le droit administratif français est dû « au degré de perfection où a été portée la notion de décision exécutoire qui est la clef de voûte de l'édifice » (18). En effet, le postulat fondamental de la décision exécutoire est d'engendrer un contentieux contre elle-même. Du fait du caractère exorbitant du privilège de l'action d'office, l'administration ne pouvait demeurer éternellement invulnérable. Le seul contrepoids possible à l'action d'office était la poussée du contentieux et l'action d'office et le contentieux. « Ces deux poussées » se sont équilibrées autour de la décision exécutoire.

Sans doute est-il facile d'objecter que l'administration conserve, malgré tout, deux avantages :

- sa position de défendeur,
- le défaut d'effet suspensif du recours.

Mais notre auteur répond que si la charge de la preuve incombe à l'administré, elle est diminuée par le caractère inquisitorial de la procédure administrative, le juge s'employant activement à se faire une conviction. Par ailleurs, en ce qui concerne le défaut d'effet suspensif des recours, Maurice Hauriou semble se contenter assez facilement de la jurisprudence du Conseil d'Etat qui rend les administrations publiques pécuniairement responsables des exécutions hâtives des décisions illégales lorsque ces décisions sont frappées de recours (19).

Pourquoi Maurice Hauriou n'a-t-il pas aperçu ici la fragilité de sa réponse ? Pourquoi n'a-t-il pas constaté qu'en matière de libertés publiques, par exemple, l'indemnité importait peu et l'exercice effectif de la liberté est primordial ? Pourquoi n'a-t-il pas deviné que ce système pourrait laisser la porte ouverte à bien des abus administratifs et notamment au non-respect par l'administration du principe de l'autorité de la chose jugée ? (20).

Deux raisons peuvent rendre compte de cette carence :

- une raison historique,
- une raison psychologique.

(18) 11^e édition, p. 374.

(19) Zimmermann, C.E. 27 février 1903, S. 1905.317 et la note Hauriou.

(20) Sur tous ces thèmes, voir l'article de M. RIVERO, « Un Huron au Palais-Royal », D. 7 février 1962.

Il est vrai que le Doyen de Toulouse avait remarqué qu'au moins en matière de certaines atteintes à la propriété, le privilège du préalable disparaissait. Il ne peut en être autrement — dit-il — dans le cadre « d'une nation de petits propriétaires ».

Au début du siècle et à la fin du siècle dernier, le principe était la toute puissance de l'administration et l'exception la timide audace du juge. Toute tentative du juge, même modeste pour assujettir l'administration, pour lui faire sentir ses limites prenait donc un relief particulier. Le système de la jurisprudence Zimmermann qui nous paraît insuffisant et inadéquat constituait un progrès évident en 1903. *Il convenait donc que tous les juristes saluassent avec respect cette jurisprudence de contrepoids en affectant au besoin de lui donner une portée plus considérable encore pour encourager le juge.*

Au surplus, la lecture de quelques passages de la 11^e édition laisse deviner que Maurice Hauriou est visiblement ravi de sa construction. Ce ravissement confine à la jubilation lorsqu'il nous expose que la première poussée engendre dialectiquement la seconde, les deux s'équilibrant autour de la décision exécutoire. *Voilà une analyse dont la dialectique eût enchanté à la fois Platon et Marx.* Hauriou semble — *comme bien des chercheurs émus par leur découverte* — se contenter de cette vision, oubliant ce qu'il appelle lui-même « la mesquinerie administrative ».

Même si cette analyse gêne quelques théoriciens il faut bien reconnaître qu'aujourd'hui comme en 1892 la puissance publique peut prendre des décisions avec effet immédiat de droit sur le particulier *sans être approuvée au préalable par le juge* (21).

SECTION II

LE SERVICE PUBLIC

Le problème de la gestion administrative a toujours plus ou moins préoccupé Hauriou. La notion de service public est au cœur de ce problème.

L'étudiant moyen des Facultés de Droit ne connaît rien de Maurice Hauriou. Cependant un déclic sommaire se forme dans son esprit quand on prononce le nom du grand Doyen : ce déclic s'appelle puissance publique et notre étudiant songe immédiatement à l'hostilité de l'auteur pour la notion de service public.

Si le même étudiant, soucieux de développer sa culture juridique, s'inscrit en Doctorat, l'horizon uni de ses connaissances commence à s'estomper et le sol se dérobe vite sous ses pas : c'est qu'en effet il lit le remarquable article de M. le Professeur Rivero (22).

Celui-ci nous montre et nous démontre qu'il y a en l'espèce « un autre Hauriou », un Hauriou défenseur et même procréateur de la notion de service public.

(21) Sur la critique de cette notion, voir troisième partie.

(22) Hauriou et l'avènement de la notion de service public, *Mélanges Mestre*, p. 461.

La réalité, en effet, est très complexe. Cette « pensée rebelle à toute sclérose, toujours en quête du vrai, toujours en état d'invention et de bouillonnement » empêche les classements sommaires et superficiels. Mais peut-on pour autant parler d'un « autre Hauriou » ? A travers les évolutions et discordances apparentes, ne peut-on pas apercevoir une profonde continuité ? Ce n'est pas céder au goût malsain du paradoxe, mais la lecture attentive des diverses éditions du Précis de droit administratif, de divers articles et notes de jurisprudence nous conduit à penser *que si Hauriou a changé, c'est qu'il était le même. Sa pensée est un perpétuel équilibre entre des notions qui s'attirent et se déchirent* (23). Selon les circonstances, selon le contexte sociologique, il penchera d'un côté ou d'un autre. Mais l'idée fondamentale, ou mieux *l'approche*, restera la même. *On ne peut parler d'un autre Hauriou, on ne peut parler que de différents moments de sa pensée, indissolublement liés au sein d'un même mouvement.*

Quels sont précisément ces moments ? Avant l'article de M. Rivero, on en connaissait un. Depuis cet article, on en connaît deux :

- 1899-1921 : Le service public.
- 1921-1927 : La puissance publique.

Or il semble bien que l'analyse en révèle deux autres :

- 1892 : le service public,
- 1897 : la puissance publique.

Ainsi l'alternance est parfaite du but au moyen et du moyen au but (24).

On étudiera successivement ces quatre moments en tentant de montrer leur profonde unité. Dans cette analyse, le progrès chronologique semble tenir lieu de progrès logique.

(23) Sur cette caractéristique « d'équilibriste », voir deuxième partie, chapitre II, section II, paragraphe 1.

(24) Ces quatre périodes ne sont valables, que dans le cadre du droit administratif à l'exclusion du droit constitutionnel. Ainsi en 1910 (Principes de Droit Public, p. 319), Hauriou semble accorder une prééminence très nette à la notion de puissance publique. Ceci peut s'expliquer pour deux raisons :

1° Le cadre de pensée d'Hauriou laisse les idées naître et cheminer un temps sous contrôle. Ce n'est qu'au bout de quelques années que l'auteur les systématise. Ainsi systématisera-t-il la prééminence de la puissance publique en 1921 en droit administratif alors qu'il avait déjà tenté, 11 ans auparavant, la nécessité de revenir à elle.

2° Il est logique que le Doyen Hauriou ait retrouvé la puissance publique en droit constitutionnel et en droit public général avant de la systématiser en droit administratif, puisque comme il l'indique, dans les zones constitutionnelles, les buts suprêmes de l'Etat sont tels qu'il faut lui accorder le maximum de moyens, ce qui ne l'empêche pas de considérer comme fondamentale la notion de service public.

PARAGRAPHE 1

La défense initiale du service public.

Premier temps : 1892.

La première édition, généralement peu connue (25), met incontestablement l'accent sur le service public.

La définition sommaire que l'auteur donne du service public ne nous renseigne pas de façon décisive !

« Un service public est une organisation créée par une personne administrative en vue de la satisfaction d'un besoin collectif » (26). Il s'agit donc d'une organisation et comme telle, elle se compose de quatre éléments :

- des moyens matériels,
- un personnel,
- des règles administratives,
- des moyens financiers.

Ici l'accent est donc mis — implicitement il est vrai — sur les moyens.

Mais l'auteur ajoute plus loin que *« c'est vers le service public que tout converge en administration et en droit administratif, parce qu'il est la raison d'être de l'existence même des personnes administratives »* (27). L'auteur poursuit en montrant que cette notion se confond avec l'utilité publique car *« l'utilité publique c'est l'intérêt général »* (28). En effet, l'utilité publique apparaît à chaque instant en droit administratif, dans le domaine public, dans l'expropriation pour cause d'utilité publique, dans les travaux... »

Mais ce n'est pas une vue bien originale. Par contre, l'intérêt intellectuel rebondit car l'auteur ajoute *« A son tour l'utilité publique... nécessite et justifie les droits de puissance publique dont disposent finalement les personnes administratives »*. *Il y a donc là trois idées dont nous constaterons à chaque instant les relations étroites, celle de service public, celle d'utilité publique, celle de droits de puissance publique* (29).

En somme, l'approche fondamentale est déjà découverte en 1892; la dialectique nouant entre eux ces trois concepts différents et en par-

(25) Sur son histoire, chapitre I.

(26) P. 150.

(27) P. 150.

(28) Cette notion d'utilité publique — naguère proposée comme critère du droit administratif par M. le Professeur Waline — avait donc déjà 60 ans auparavant été formulée par Hauriou. Dans les deux cas, on abandonnera bien vite ce dangereux critère. Voir *« Existe-t-il un critère du droit administratif français »*, Jean RIVERO, R.D.P. 1953.

(29) P. 151.

tie opposés. *Par contre, en 1892, dans cette mêlée, c'est le service public qui semble prédominer.*

La 2^e édition (1893) comporte une définition identique du service public et contient la même description dialectique des trois concepts :

- services publics,
- utilité publique,
- puissance publique (30).

Mais le glissement vers les droits de puissance publique est amorcé sans être franchement avoué : « Mais si en droit administratif, on ne doit jamais perdre de vue que le bon fonctionnement des services publics est l'objectif final, on ne doit pas oublier non plus que ce fonctionnement est le résultat indirect de l'exercice de leurs droits par les personnes administratives et que l'objectif immédiat ce sont ces droits... » (31).

Le glissement est amorcé mais avec trop de discrétion pour emporter des conséquences mûrement analysées. Il est vrai qu'un an seulement le sépare de la première édition.

PARAGRAPHE 2

L'accent sur les moyens.

Second temps : 1897.

C'est la date de la 3^e édition du Précis. En apparence, il n'y a pas de changement dans cette édition puisque la définition du droit administratif réside selon l'auteur « *dans l'ensemble des règles qui président à l'organisation et au fonctionnement des services publics, à la surveillance des services d'utilité publique* » (32).

Dans la deuxième définition du droit administratif, le Doyen Hauriou affirme : « Le droit administratif est cette branche du droit public qui règle l'organisation, les droits et l'exercice des droits des personnes administratives, en tant que cela intéresse le fonctionnement des services publics et la surveillance des services d'utilité publique » (33). Mais de quels droits s'agira-t-il ? (34). *En fait, dans la « mêlée » dialectique c'est désormais la puissance publique qui va prédominer.* Et ceci se vérifie dans l'analyse que fait l'auteur de la gestion des services publics.

L'auteur constate que la gestion des services publics se présente comme deux étages d'opérations superposés :

(30) P. 175.

(31) P. 175.

(32) P. 236.

(33) Précis, 3^e édition, p. 238.

(34) S'agira-t-il de droits de personne privée ou s'agira-t-il de droits de personne publique caractérisés par la puissance publique ?

- les opérations techniques du service;
- les opérations administratives générales.

Or, dans les deux cas, Hauriou repère l'emploi de la puissance publique; en ce qui concerne les opérations administratives générales, la constatation s'impose d'évidence (Fonction publique, bâtiments, terrains, etc...); en ce qui concerne le fonctionnement technique de chaque service, l'auteur distingue :

— « Il en est certainement qui, par eux-mêmes, impliquent autorité sur les citoyens et, par conséquent, puissance publique » (ainsi du service militaire, de police, des contributions directes, etc...).

— Il en est d'autres comme celui des postes ou des chemins de fer qui semblent être de simples gérances établies pour la commodité des administrés.

Et l'auteur conclut : « C'est à la jurisprudence dans chaque cas à prononcer, en s'aidant de tous les faits qui révèlent ou ne révèlent point la puissance publique » (35).

Ainsi la qualification de service public n'a plus cette vocation impérialiste des premières éditions de jouer le rôle de critère de compétence administrative. Un service public pourra ou ne pourra pas comporter de puissance publique. Initialement, les droits de puissance publique jouaient le rôle de moyens du service public. Désormais les deux concepts sont dissociés. Les moyens de certains services publics peuvent être des moyens relevant du droit privé.

Mais il faut bien apercevoir que, si le mouvement est inversé puisque l'accent est désormais mis sur le moyen, le lien qui attache étroitement le moyen et le but est resté identique. *Ce qui intéresse Hauriou, c'est que ces deux concepts soient analysés dans leur mouvement et leurs liens réciproques et non séparés et statiques.* Il ne s'agit donc pas d'« un autre Hauriou » mais du même personnage dont la pensée oscille autour du même point d'équilibre. Il se trouve seulement qu'en 1897, il estime que le fonctionnement des services publics — objectif final du droit administratif — constitue le résultat des droits de puissance publique. Mais le balancier va continuer sa route dans un troisième temps.

PARAGRAPHE 3

La nouvelle défense du service public.

Troisième temps : 1899.

Dans son ouvrage de 1899, « La gestion administrative », Hauriou renverse sa position. Cette plaquette de 96 pages mérite d'être ici analysée.

(35) P. 238. Il faut remarquer qu'Hauriou annonce et souhaite la jurisprudence Feutry dès 1897, puisqu'il estime que les collectivités locales doivent relever de la compétence administrative quand elles utilisent la puissance publique (p. 238). Une prophétie de plus ! (Voir deuxième partie, chapitre II).

Selon l'auteur, la jurisprudence de son époque accordait des indemnités pour les préjudices causés dans la gestion administrative, mais elle refuse d'en allouer pour ceux qui sont la conséquence d'actes d'autorité. De là la conclusion doctrinale qu'il existerait deux modes d'activité de l'administration, l'un qui est la voie d'autorité, l'autre qui est la voie de gestion (36). Mais à la réflexion, l'auteur se demande si les opérations financières ou même si les actes d'administration patrimoniale épuisaient réellement tous les cas où l'administration n'agit point par voie d'autorité si « la notion positive de la gestion que l'on proposait tenait toute la place laissée libre par l'absence de la voie de commandement » (37). Hauriou en tire la conclusion que dans l'administration, il y a « *tantôt un pouvoir qui affirme, tantôt un travail qui s'accomplit* » (38). Mais quel est le critère de l'administration qui travaille ? Quand y a-t-il acte ou situation de gestion ? L'auteur répond qu'il y a gestion quand il y a collaboration des administrés à l'action administrative. Et cette collaboration se fait dans la durée « La gestion d'un service public, c'est l'exécution prolongée et continue du service » (39).

Si importante est pour lui la notion nouvelle de collaboration qu'il l'étend au domaine même de la puissance publique puisque l'administration et l'administré cohabitent sur le même territoire, ont des rapports de voisinage, leurs pouvoirs réciproques ou leurs libertés étant enfermés « dans des sphères légales comme dans l'enclos de deux héritages contigus » (40). A l'inverse dans la gestion elle-même, il se trouve de la puissance publique.

« L'énergie de la puissance publique se fait sentir ainsi dans tous les services, même dans ceux qui ne diffèrent point par leur objet de certaines gérances privées » (41). Autrement dit, on ne forcerait pas

(36) Cf. LAFERRIÈRE, « Traité », livre III, chapitre IX, 1896.

(37) P. 4. Michoud avait déjà préparé la voie à ces doutes. Dans ces deux ouvrages, « De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents » (1895), « De la responsabilité des communes à raison des fautes de leurs agents » (1897), il avait sans cesse insisté sur le fait que les actes de gestion peuvent consister en l'exécution d'un service public. Macarel et Boulatignier en 1840, Aucoc dans ses conférences (I, p. 485), avaient déjà envisagé ce problème. Aucoc parle clairement de « gestion du service public ».

(38) Page 6.

(39) Page 9. De là pour l'auteur le double aspect de la situation du fonctionnaire. Il est concessionnaire de fonction publique en même temps que collaborateur et donc en situation de gestion. De là, sa théorie du statut réel qui rend compte de l'ambiguïté (voir section V de ce chapitre). Tous les thèmes sont liés entre eux chez Hauriou. De là, également l'explication des droits réels administratifs car pour l'auteur, la situation de gestion ne protège pas seulement par des indemnités contre les accidents administratifs les droits des administrés, elle leur confère aussi des avantages administratifs qui par là se trouvent transformés en deux sortes de droits (voir sur ce point, le paragraphe relatif au domaine public). Ici encore tous les concepts sont liés. D'ailleurs Hauriou lie aussi la décision exécutoire à sa conception de la gestion administrative (p. 37 et suiv.). Sur ce point, voir la section relative à la décision exécutoire.

(40) Page 53.

(41) P. 73.

la pensée de l'auteur en affirmant que pour lui la puissance publique est dans la gestion, comme la gestion est dans la puissance publique.

Jusque là le balancement — déjà analysé — de la pensée administrative d'Hauriou se poursuit selon le même rythme et il est vraiment difficile d'en tirer la conclusion qu'il s'agit d'un autre Hauriou, brusque et fougueux défenseur du service public.

Mais — de façon imprévisible (42) — l'auteur ajoute : « Si l'on veut une règle simple pour déterminer le domaine de la compétence administrative dans les matières de gestion, il faut aller jusqu'à cette affirmation que toutes ces matières relèvent en principe de la compétence administrative » (43).

Ici, sans raison prévisible, le balancier s'oriente brusquement dans un sens. Deux arguments sont invoqués par l'auteur mais le lecteur les pressent *comme reconstruits après coup. Il semble que, dans un premier temps, le Doyen Hauriou ait deviné le succès tout proche de la notion de service public; dans un deuxième temps, il aurait tenté de se trouver des raisons.* En réalité, ses arguments ne sont pas tout à fait convaincants.

1) La gestion se ramenant à une collaboration entre administration et administré, cette forme originale de société doit appeler la compétence d'une juridiction spéciale. Cet argument est vague et chargé de peu de signification (44).

2) Mais un second argument — argument de texte — est ici invoqué, « Les juges ne pourront à peine de forfaiture troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs... » (loi des 16-24 août 1790). Ainsi, ayant à se demander si cette loi a voulu protéger seulement la puissance publique en repos, ou si elle a entendu également la protéger dans son mouvement, dans son travail d'exécution des services publics, l'auteur conclut à la protection la plus large.

Mais cet argument est curieux car il est fondé — uniquement — sur un texte. Or, Hauriou n'aime pas les arguments de texte. Il les utilise lorsqu'il n'a aucun autre appareil de démonstration. Hostile, ainsi qu'il le dit lui-même, à « une conception judaïque du droit », c'est-à-dire à l'interprétation sclérosée de textes dont on tire ensuite des théories générales, il préfère de loin l'explication par l'environnement — historique, sociologique, constitutionnel — et par analogie

(42) L'imprévisibilité résulte de l'intuition de l'auteur qui souvent, sans raison apparente, propose une solution qui ne s'intègre pas logiquement aux développements. Sur ce point, deuxième partie, chapitre I, section II.

(43) P. 80.

(44) En effet, on comprendrait qu'un droit spécial doive entraîner la compétence d'un juge spécial. Mais Hauriou ne dit pas « un juge spécial », mais bien une « *juridiction spéciale* » ce qui est bien différent. La nécessité d'un juge spécial n'entraîne pas pour autant la compétence d'un autre ordre de juridiction. La seule existence des tribunaux de commerce ou de prud'hommes ou des commissions spéciales de pensions ou de dommages de guerre le prouve aisément.

(droit romain, droit civil, etc...) (45). Qu'il se soit ici contenté de ce rapide argument de texte, *est très révélateur du caractère artificiel de l'argumentation* plaquée *a posteriori* sur sa très juste intuition que le service public allait connaître une heure de gloire.

Mais le caractère artificiel de l'argumentation n'empêche pas l'intuition, « Ainsi, à la veille de l'arrêt Terrier, la notion de service public a trouvé son théoricien... » (46). Hauriou a d'ailleurs salué l'arrêt Terrier comme une victoire de la raison (47) « Nous sommes donc autorisés à conclure que... c'est un pas très net dans la voie de l'assimilation des contentieux et dans celle de l'annexion au contentieux administratif de *tout ce qui est gestion publique, c'est-à-dire exécution des services publics ou des mesures administratives par les moyens ordinaires de l'administration publique* » (48). Il conservera cette position dans ses commentaires sous les arrêts Feutry (49) et de Fonscolombes (50).

Cette position était assez logique dans la mesure où le monde libéral de l'époque permettait la « coïncidence assez exacte entre le champ du service public et le procédé dérogatoire au droit commun » (51), entre la gestion publique et le service public.

Cette explication — qui appartient à M. le Professeur Rivero — rend bien compte de l'évolution d'Hauriou et montre bien qu'il s'agit du même penseur en quête d'accord avec son temps (52). Mais

(45) Sur ce point, voir deuxième partie, chapitre I.

(46) RIVERO, *Mélanges Mestre*, article précité, p. 468. Sur l'influence d'Hauriou, voir troisième partie, chapitre I, section II.

(47) M. le Professeur Rivero se demande dans cet article (p. 468) s'il ne faut pas évoquer ici l'influence d'Ihering puisque Hauriou semble sans raison apparente défendre l'idée de but.

Or, 1) il n'est pas besoin de recourir à cette explication si l'on envisage la pensée du Doyen de Toulouse comme un tout dont le contenu serait une dialectique constante oscillant selon les moments des moyens au but et du but au moyen. D'ailleurs, en 1892 (1^{re} édition), l'auteur avait défendu l'idée de service public sans qu'il soit possible d'imaginer une influence quelconque.

2) Hauriou avoue lui-même (*Précis* 1907, 6^e édition, p. 463) qu'« en 1899, au moment où j'ai organisé ma théorie de la gestion administrative, j'ignorais cette partie de la doctrine des buts qui n'avait pénétré en France par aucune analyse, sans cela *je me serais immédiatement couvert de l'autorité d'Ihering* ». Et plus loin, l'auteur critique en partie les conclusions de l'auteur allemand.

(48) Note sous l'arrêt Terrier ; notes d'arrêts II, p. 457.

(49) S. 1908.3.97. Notes d'arrêts II, p. 511.

(50) S. 1909.3.49. Notes d'arrêts II, p. 450.

(51) Rivero, article précité, p. 470.

(52) Les 4^e, 5^e, 6^e et 7^e éditions (1911) vont toujours dans le même sens. On peut donner encore une confirmation éclatante de cette analyse par l'interprétation que Léon Duguit lui-même a faite de la pensée d'Hauriou à cette époque. Le Doyen de Toulouse avait clairement affirmé dans « *Principes de droit public* » (1^{re} édition, 1910, p. 225) : « Ces réserves théoriques (limitations théoriques de la souveraineté) n'ont pas d'action du moment que l'on ne combat pas dans sa racine la croyance en la toute puissance de la volonté générale commandante. Peu de faux dogmes ont eu une action aussi néfaste que celui-là... Toute l'organisation sociale d'un pays, aussi bien économique que politique, peut se ramener à un ensemble de situations établies, maintenues par un pouvoir de domination. Le pouvoir de

dans cette pensée oscillant autour du même équilibre, le balancier devait encore une fois recommencer sa course.

PARAGRAPHE 4

Le nouvel accent sur les moyens.

Quatrième temps : 1921-1927.

C'est le dernier état de la pensée du Doyen Hauriou. Les contemporains, les disciples et toute la doctrine ultérieure allaient — à l'exception du Professeur Rivero — figer leur connaissance du Maître de Toulouse dans les mots rebattus de puissance publique en oubliant pourtant que, même dans cette période, le service public continue à jouer un rôle important. Lié fortement à la puissance publique, il se trouve en même temps (dans la « mêlée » dialectique des deux concepts) dominé par elle. *Dominé mais non éliminé*. Mais on l'oublie trop souvent.

C'est dans sa note sous l'arrêt Commune de Monségur (53) que le Doyen Hauriou renouvelle son hostilité à la notion de service public. La solution de cet arrêt était que les travaux exécutés dans une église pour le compte d'une personne publique, dans un but d'utilité générale, conservent le caractère de travaux publics, même depuis la séparation des Eglises et de l'Etat et que les actions dirigées contre les communes à raison des dommages résultant d'un défaut d'entretien des églises, rentrent dans la compétence du Conseil de préfecture comme se rattachant à l'exécution d'un travail public.

En d'autres termes, « les églises affectées au culte sont demeurées des ouvrages publics » (Note précitée). Dans cet arrêt donc, le domaine du droit administratif dépassait celui du service public puisque depuis la séparation des Eglises et de l'Etat, le culte n'était plus considéré comme service public. Et c'est l'occasion pour le grand Doyen de pourfendre les adorateurs d'idées préconçues qui s'attirent vite les

domination a comme fonction propre de créer et de protéger les situations établies. On envisage trop souvent le pouvoir sous la forme simplifiée du commandement et de la contrainte sans se préoccuper de sa fonction... Le pouvoir a bien réellement sa fonction propre qui est de créer de l'ordre et de la stabilité... cette fonction, il la remplit plus ou moins bien, mais quand il la remplit correctement il est légitime ». Comment Duguit interprète-t-il la pensée d'Hauriou ? Plus que par un style indirect susceptible de déformer une pensée, on préfère laisser la parole à Duguit : « Ainsi, pour le savant publiciste, la puissance souveraine n'est plus l'élément essentiel du droit public. La personnalité de l'Etat a un domaine très limité qui se réduit au commerce juridique. Le pouvoir de domination existe bien toujours, mais ce n'est plus un droit subjectif dont l'Etat, personne juridique, serait titulaire, c'est avant tout une fonction sociale. Cette fonction c'est au fond le service public et ainsi M. Hauriou est bien près de reconnaître que le service public est le seul et véritable fondement du système moderne » (DUGUIT, « Les transformations du droit public », p. 39).

(53) S. 1921.III, p. 49.

démentis des faits. « *Méfions-nous des définitions trop étroites qui vident une matière de sa substance, qui ne lui laissent ni souplesse d'évolution, ni puissance de développement.* L'activité d'un pouvoir administratif, cela est souple, vivant, expansif... » (54).

Il fallait donc brutalement, pour s'éviter le démenti des faits, arracher à son piédestal la notion de service public.

Mais en même temps le Doyen Hauriou n'oublie pas qu'il faut continuer à la combiner avec la puissance publique. Dans sa préface à la onzième édition, souvent citée et bien peu lue, la première phrase de l'auteur nous annonce cette dialectique. La puissance publique et le service public « sont deux notions maîtresses du régime administratif français ». Or, les éléments d'une dialectique à la fois attractifs et contraires ont ceci de caractéristique qu'ils sont indispensables les uns aux autres.

Analysons cette préface. Elle se compose de deux parties :

— la première défendant la puissance publique;

— la seconde défendant le service public.

— Dans la première, il polémique avec Jèze qui dans son article à la Revue roumaine *Revista de drept public* (avril-juin 1926) défend le service public qu'il fait reposer sur deux notions :

— le procédé de droit public;

— la possibilité constante des modifications du service public.

Dans les deux cas, il est facile au Doyen de triompher. Dans ces cas, la puissance publique se manifeste à l'évidence et son talent de polémiste enchante le lecteur (55).

Mais Hauriou ne se contente pas de triompher. Il veut aussi « autolimiter » son triomphe.

— Dans la deuxième partie de la préface, il affirme que tout en maintenant à la puissance publique en droit administratif le premier rôle, « *il faut reconnaître que le service public, bien qu'au second plan, joue encore un rôle important. C'est l'idée du service qui entraîne l'autolimitation objective de la puissance publique* » (56). Il en est ainsi comme de certaines grandes pièces classiques où les seconds rôles font saillir les premiers, soutiennent l'action de ceux-ci. Sans eux l'intérêt dramatique s'effondre. Cette comparaison avec le drame explique la complexité de sa pensée, le second rôle ici est joué par le service public : *Contrairement aux interprétations d'exégètes superficiels, Hauriou est un grand défenseur des libertés publiques.* Il cherche à cantonner le plus étroitement possible la puissance publique tout en n'esquivant pas le problème car il sait qu'elle existe et qu'il ne suffit pas de la nier pour qu'elle n'existe plus. *Et le ser-*

(54) Note sous l'arrêt Graffe, 15 juillet 1927, S. 1927.III, p. 121.

(55) On renvoie sur ce point à la Préface de la 11^e édition qui révélera mieux qu'un résumé le talent polémique de l'auteur.

(56) Préface, p. XII.

vice public joue dans ce cantonnement un rôle considérable « que l'idée du service se soit substituée à celle de la domination dans les préoccupations du pouvoir, ce n'est pas un mince résultat » (57). Pour l'auteur, le progrès est l'œuvre de la lente diffusion d'une idée et le pouvoir s'y est plié de lui-même en employant des moyens objectifs d'autolimitation objectifs et non subjectifs comme le présente la doctrine allemande de la Herrschaft qui conçoit l'autolimitation comme une autodétermination subjective de la volonté des gouvernants, ce qui ne présente aucune garantie.

Au contraire, l'autolimitation telle que la conçoit Hauriou s'objective par l'organisation transformée graduellement en institution. Les pouvoirs « s'enkistent » dans des organisations secrétées par eux et bientôt dominées par une idée. Cette idée sera « tantôt l'idée de paix, tantôt celle de liberté, tantôt celle du service » (58).

Il est difficile de ne pas être convaincu à la lecture de cette préface qui résume parfaitement la pensée du Maître et son approche du problème depuis 1892. *Il sera désormais impossible d'oublier que le grand Doyen a toujours tenu le plus grand compte de la notion de service public.* Sa seule faute aux yeux de l'Ecole de Bordeaux est de ne l'avoir pas érigée en notion unique. Il l'a, au contraire, combinée avec une autre, se balançant selon le contexte social et les pulsations de sa pensée, vers l'une ou vers l'autre.

Et c'est ici qu'il faut insérer une remarque méthodologique : *Ces quatre temps dégagés par le commentateur pour les commodités de l'exposé doivent être résorbés et fondus en une durée unique qui ne connaît point de séparation.*

Le lecteur doit oublier ces quatre temps qui n'existent que dans son esprit. *Maurice Hauriou, en effet, n'a jamais eu conscience de se contredire.* Et à juste titre. Cette remarque prend un relief d'autant plus remarquable qu'il est arrivé au Maître de Toulouse de se contredire *clairement* dans quelques analyses parcellaires. Mais dans ce cas, il l'avouait, reconnaissait loyalement son erreur et n'hésitait pas pour l'expliquer à faire tout un historique de sa pensée (59).

C'est donc toujours le même Hauriou qui a défendu la même thèse (peu à peu raffinée) d'une dialectique constante entre puissance publique et service public. Cette découverte rend désormais très circonspect sur toutes les interprétations doctrinales des doctrines antérieures. Dans cette perspective, *quoique nécessitant les nuances* que nous lui avons apporté, l'article précité du Professeur Rivero doit constituer la source méthodologique la plus féconde pour les recher-

(57) Préface, p. XII.

(58) Préface, p. XIII.

(59) Par exemple dans « La gestion administrative » de 1899, il avoue p. 75 : « J'avais été amené dans des études précédentes à tenter une distinction entre les divers services administratifs selon le degré de puissance publique qu'ils contiennent et j'avais cru que certains services n'en contenaient pas du tout, celui des colis postaux par exemple (Précis, 3^e édition, p. 237). Je renonce à cette opinion..., etc. ». Ces exemples pourraient être multipliés.

ches futures : *Il faut cesser d'expliquer une époque avec les yeux de la nôtre.*

SECTION III

LA RESPONSABILITE ADMINISTRATIVE

Dans une matière aussi complexe où les dons d'imagination du Doyen Hauriou se sont donné libre cours aussi bien dans les allées essentielles que dans les moindres sentiers tortueux, il était impossible de tout exposer sans aboutir à des développements d'une longueur considérable et d'une clarté douteuse. On a choisi volontairement d'exposer ce qu'on croit essentiel, c'est-à-dire la position d'Hauriou sur le fondement général de la responsabilité administrative avec toutes les implications que ce fondement peut avoir dans les domaines les plus précis. Par ce moyen, on a tenté d'appréhender l'approche globale du Doyen de Toulouse.

Quelques points ont été omis. On en donnera trois exemples.

1) *La manifeste erreur de Maurice Hauriou dans sa note sous l'arrêt Lemonnier.* Selon lui, la faute de service peut coexister avec le fait personnel de l'agent; en tout cas, ce n'est pas exactement le même fait qui sera fait de service au regard de l'administration et fait personnel au regard de l'agent. « Le Conseil d'Etat ne tombe pas dans cette absurdité » (60). Seulement Hauriou estime que la formule du commissaire du gouvernement selon laquelle « d'un ensemble de faits il peut apparaître à la fois une faute personnelle de l'agent et une faute administrative » a mal été appliquée en l'espèce.

En effet, selon lui, ce n'est pas dans la conduite du maire lui-même que l'on peut distinguer fait personnel et fait de service. Dans la réalité des choses, le maire n'est pas seul à représenter le service de la police municipale. « Il y a bien un secrétaire de mairie, il y a bien un adjoint, des conseillers municipaux, il y a bien des citoyens qui assistent à cette fête et qui sont témoins des fautes commises. Comment ! il ne se trouve personne pour ramener le maire au sentiment des réalités... Si le maire a commis un fait personnel, lui à qui incombaient les initiatives, les autres ont engagé la responsabilité de la commune et commis une faute de service parce que le service est la chose de tous... Il y a des cas où l'apathie d'une population la rend complice... » (note précitée).

Tout ceci est amusant mais bien vague car on ne voit vraiment pas comment pourrait être établie la responsabilité des habitants à moins de considérer l'apathie comme source du dommage... ce qui paraît exagéré.

(60) Notes d'arrêts I, 652.

De plus, cette thèse conduit à des conclusions absurdes dans la mesure où elle est de nature à toujours révéler une faute de service à côté du fait personnel. A la limite, chaque fois qu'il y aura faute administrative, on pourra considérer que les membres de la collectivité étatique départementale ou communale n'ont rien fait pour l'empêcher et qu'il y a donc, de ce fait, faute de service. Cette automatisation la condamne et personne ne s'y est rallié. Cette théorie n'en méritait pas moins d'être notée en raison de sa bizarrerie.

2) En ce qui concerne les dommages permanents résultant des travaux publics, le Doyen Hauriou considère que le fondement des indemnités dans ce cas réside dans l'enrichissement direct du patrimoine administratif, car l'ouvrage public devient propriété de l'administration. Quelquefois même, il y a enrichissement indirect *par économie ou en moins dépensant*. Cela se présente quand l'ouvrage construit entraîne des dommages pour les propriétés voisines qui auraient pu être évités si le plan de l'ouvrage avait été conçu autrement. « Il n'y a pas faute de l'administration à avoir adopté ce plan mais souvent il y aura eu de sa part économie » (61). Cette théorie a été critiquée dans le Traité de Duez (62). Elle méritait également d'être notée en raison de son originalité.

3) L'auteur se demandant comment régler la procédure des poursuites contre les fonctionnaires rappelle à cet égard les deux systèmes bien connus de l'article 75 de la Constitution de l'An VIII et du décret du 19 septembre 1870. On n'insistera pas sur la description de ces systèmes qui n'intéressent pas l'essentiel de nos développements et la jurisprudence Pelletier bien connue qui en résulte de façon assez surprenante (conflits 26 juillet 1873). Il suffira ici de préciser qu'Hauriou contre la doctrine de son temps et la doctrine ultérieure défend la jurisprudence Pelletier car, selon lui, le texte du décret de 1870 « ne peut littéralement s'interpréter en allant jusqu'à dire qu'il a abrogé les lois sur lesquelles est fondé le principe de la séparation des pouvoirs ... l'abrogation ne peut s'appliquer qu'à certaines dispositions. Or, des dispositions sur la garantie des fonctionnaires, il n'y en avait que dans l'article 75 de la Constitution de l'An VIII ... Ces dispositions seules sont abrogées; s'il avait visé les textes relatifs à la séparation des pouvoirs, le décret de 1870 les eût donc abrogés complètement. Ou bien il aurait dû dire simplement qu'il y dérogeait !... »

Ce goût de l'interprétation exégétique ne se manifeste que lorsque l'auteur se sent en mauvaise posture ou lorsqu'il habille artificiellement une intuition initiale. Ainsi, en l'espèce, il est seul contre tous. Il avait procédé de même pour asseoir certaines conséquences de sa théorie de la gestion administrative et enraciner son intuition initiale (cf. section II sur le service public, paragraphe 3).

(61) 11^e édition, p. 337.

(62) P. 314.

En dépit de leur caractère très personnel, ces théories ont en commun d'être très parcellaires, de ne pas concerner l'ensemble du problème de la responsabilité administrative.

Ce problème nous semble dominé (dans la réalité et dans les œuvres du Doyen Hauriou très spécialement) par le combat du risque et de la faute qui finit par embrasser les recoins les plus obscurs de cette matière. C'est donc ce combat qui fournira l'essentiel des développements.

On remarquera, à propos du domaine public, que le grand Doyen avait jeté les bases de ses futures théories dès la première édition du Précis de droit administratif en 1892, se contentant par la suite de raffiner et développer ses intuitions initiales.

Il faut reconnaître qu'en matière de responsabilité, cette démarche ne s'est pas renouvelée. On constate en effet qu'en 1892 la pensée de Maurice Hauriou fut d'une banalité extrême en cette matière puisqu'il n'envisageait pas des règles différentes de celles de la responsabilité civile et donc fondait sur la faute civile la responsabilité de l'administration (§ 1). Par réaction contre un civilisme qu'il jugeait trop sommaire, Hauriou le premier contre bien d'autres défendit la nouveauté, c'est-à-dire la théorie du risque (§ 2). Par une réaction nouvelle, dont le commentateur ne peut manquer d'apercevoir la similitude avec la dialectique hégélienne, le savant Doyen revint à la faute mais à une théorie nouvelle de la faute proprement administrative (§ 3).

Le cycle était donc refermé mais à un niveau supérieur qualitativement différent.

PARAGRAPHE 1

La théorie civiliste de la faute : 1892-1897.

La pensée initiale du grand Doyen est ici d'une désespérante banalité. On sent d'ailleurs que le problème de la responsabilité ne l'intéresse pas considérablement. Il le juge probablement très mineur puisque dans sa première édition du Précis, il ne lui consacre qu'une dizaine de pages sur 780.

Le résultat le plus direct de ce manque d'intérêt se manifeste par le caractère privatiste de ses développements (63).

(63) Hauriou ignorait manifestement l'arrêt Blanco qui date pourtant de 1873. Cette ignorance d'un commentateur autorisé confirme les thèses de ceux qui posent que l'importance de l'arrêt Blanco correspond à un mythe créé très ultérieurement par la doctrine et qui répondait à deux nécessités :

- faire reconnaître par « des généalogistes officiels quelque lointaine et prestigieuse origine » à la notion de service public ;
- masquer les différences de contenu entre une notion proprement juridique et le mot service public utilisé dans le vocabulaire courant.

Sur toute cette analyse, voir « Hauriou et la notion de service public », arti-

Selon l'auteur, les personnes administratives peuvent être poursuivies directement en responsabilité dans deux cas :

1) lorsqu'un agent dans l'accomplissement d'une fonction a commis une faute précise;

2) lorsque sans faute précise, un fait dommageable est survenu.

Dans ces deux cas, la nature de la responsabilité est identique. *« C'est la responsabilité du commettant pour ses préposés résultant soit du texte même de l'article 1384 du Code civil, soit tout au moins du principe de justice sur lequel est fondé cet article »* (64).

En ce qui concerne la nature de la responsabilité du fonctionnaire, l'auteur estime que celui qui, dans l'exercice de sa fonction ou à l'occasion de sa fonction, cause un tort à autrui, *est dans la même situation qu'un particulier qui cause un tort, c'est-à-dire dans la situation de l'article 1382 du Code civil.*

Mais c'est dans l'appréciation de la faute que réside la difficulté :

— s'il y a faute délictuelle, le délit est prévu et puni;

— s'il y a faute quasi délictuelle, *« doit-on rendre le fonctionnaire responsable de la faute la plus légère, comme on le ferait pour un particulier, ou doit-on ne le rendre responsable que de sa faute lourde ? »* (65).

En combinant la jurisprudence sur la responsabilité civile de l'Etat avec la responsabilité du fonctionnaire, Hauriou en vient naturellement à la conclusion. *« Si la faute a été lourde, l'Etat ne sera plus responsable, mais l'agent le sera. Si la faute a été légère, l'agent ne sera plus responsable mais l'Etat le sera »* (66).

C'est déjà une préfiguration très nette de sa théorie — abandonnée par la suite — de l'assimilation de la faute personnelle avec la faute lourde et de la faute de service avec la faute légère (67).

de M. RIVERO, in *Mélanges Mestre*, p. 461. Hauriou cite pour la première fois l'arrêt Dugave et Branciet seulement en 1903, 10 ans après avoir élaboré sa théorie de la faute administrative. Précis, 5^e édition, p. 246. Dans le même sens, voir la thèse de M. CHAPUS, *« Responsabilité publique et responsabilité privée »*, p. 72 et suiv. qui a pour la première fois montré que l'arrêt Blanco n'a pas eu le sens que la doctrine lui a attribué par la suite. L'ignorance initiale par Hauriou du même arrêt Blanco confirme encore l'analyse de M. Chapus.

(64) 1^{re} édition, p. 68.

(65) 1^{re} édition, p. 65.

(66) 1^{re} édition, p. 70.

(67) M. le Professeur de Laubadère semble préciser (*Traité*, 1963, p. 591) que l'assimilation de la faute personnelle à la faute lourde date d'une note au Sirey en 1895. En réalité, on peut en relever des traces depuis 1892 (cf. le texte). De même, M. de Laubadère affirme que Maurice Hauriou est revenu sur cette idée dans sa note sous l'arrêt Zimmermann (S. 1905.3.17). Ce retour est peu net et seulement implicite dans la note précitée. D'ailleurs, le Maître de Toulouse continue d'assimiler faute légère et faute de service jusque dans la 6^e édition du Précis en 1907. Il semble bien qu'il ait conscience d'abandonner sa théorie ancienne seulement en 1911 dans sa note sous les arrêts Anguet et Delpech (S. 1911.III, p. 137). *« Le Conseil d'Etat n'a donc point recherché si la faute était légère ou grave mais seulement si elle était séparable ou non de la fonction ; par conséquent, il a jeté*

Dans une section d'une seule page consacrée au quasi-délit, l'auteur précise encore sa pensée. Il estime que le quasi-délit de non-surveillance du préposé est le seul que l'administration puisse commettre. En effet, les personnes administratives, êtres purement moraux, ne peuvent léser directement les tiers par leurs agissements. Elles n'entrent en communication avec les tiers qu'au moyen de leurs préposés. Elles sont donc civilement responsables de leurs préposés. Et Hauriou blâme formellement la jurisprudence consistant à ne pas appliquer à l'Etat l'article 1384 du Code civil, pour n'en retenir que le principe de justice qui en découle et écarter ainsi la compétence judiciaire (68).

Ainsi donc ces développements, d'ailleurs timidement inclus dans le B d'un paragraphe d'un chapitre consacré aux « Garanties des droits publics », n'apportent pas une contribution décisive au droit moderne de la responsabilité administrative.

L'édition de 1893 ne comporte aucun changement important.

PARAGRAPHE 2

La défense de la théorie du risque : 1897 à 1905.

En 1897, Maurice Hauriou, dans la troisième édition du Précis change d'analyse et de ton et propose une théorie plus administrative de la responsabilité qui n'est fondée sur aucun texte mais sur la démarche intellectuelle qui peut se résumer dans la formule : « Tout se passe comme si ... »

« *Tout se passe comme si* » les personnes morales administratives géraient en leur qualité de personne morale une assurance mutuelle contractée entre les administrés contre le risque des accidents administratifs (69). Remarquons immédiatement que le fondement n'est plus privé mais il n'est pas non plus proprement administratif. L'auteur parle de mutuelle d'assurance qui est un concept relevant plutôt du droit social, catégorie intermédiaire.

par dessus bord la distinction de la *culpas levis* et de la *culpa lata* et il sera bon à l'avenir d'y renoncer». *A l'avenir seulement*, donc après 1911.

Il abandonne sa vieille assimilation, car dans l'affaire Delpech, un instituteur et une institutrice régulièrement nommés dans une commune s'étaient vu refuser pendant cinq mois par le maire, approuvé par le Conseil municipal et les habitants de la commune, les clefs du logement auquel ils avaient droit. La personnalité juridique de la commune et le groupement social étant liés, c'est la commune qui paye pour le groupement social. « On arrive à mieux comprendre qu'une personne morale puisse délinquer... et donc que le maire d'une commune ait pu accomplir un acte qui ne se détache pas de la fonction du maire tout en contenant une faute qui frise le délit » (Notes d'arrêts I, p. 635). Voilà donc une conception pour le moins extensive de la faute de service !

(68) Arrêts du T.C. du 8 février 1872 et 15 février 1890.

(69) « Tout se passe comme si » : Il s'agit bien là d'une théorie fonctionnelle dont la logique interne importe peu à Hauriou. C'est une des caractéristiques de sa pensée. Sur ce point, voir également note 114.

Pour l'auteur, l'idée d'une pareille assurance procédait logiquement du principe de l'égalité devant la loi et des charges publiques. L'égalité doit être poursuivie directement là où il est possible de la réaliser (impôts, service militaire).

Elle doit être poursuivie indirectement par la voie d'indemnités compensatrices qui « peuvent être très bien considérées comme versées par une sorte de caisse d'assurance mutuelle associée aux services publics et alimentée par des primes incorporées à l'impôt » (70).

Seulement, pour que l'assurance contre l'accident administratif fonctionne, il convient que le particulier lésé fasse la preuve d'un préjudice spécial « autrement il supporterait seulement le préjudice normal égal pour tous qui résulte de la présence même du poids et des frais de l'administration » (p. 175).

Ce préjudice spécial ne sera établi que dans deux hypothèses :

— s'il y a dommages spéciaux (expropriations, occupations temporaires, dommages permanents) ;

— s'il y a faute ou erreur de l'administration mais à condition que cette faute ou erreur aient un caractère de spécialité suffisant car — dans le cadre de cette théorie — elles ne sont point la cause de l'obligation d'indemnité, cette cause étant dans l'assurance mutuelle contre l'accident administratif.

L'auteur estime sa théorie nouvelle très supérieure aux deux théories déjà proposées.

— *La théorie de droit privé* (qui fut la sienne) qui consiste à étendre aux administrations publiques les principes de droit privé consacrés par les articles 1382 à 1384 du Code civil, les personnes morales administratives commettants de leurs agents étant donc responsables d'eux (71), théorie qui a le grave inconvénient de ne pas permettre la transposition en droit public de l'intention de nuire. En effet, pour Hauriou, les personnes morales de droit public excluent en principe de leurs activités toute intention de nuire et même toute légèreté et toute imprudence.

— *La théorie de droit public* qui consiste à considérer l'obligation d'indemniser mise à la charge de l'Etat comme la contrepartie du devoir d'obéissance qu'ont les particuliers vis-à-vis des fonctionnaires. Mais, selon l'auteur, la supériorité de sa théorie sur la théorie de droit public est que celle-ci met en jeu la garantie de l'Etat pour toute violation de droit ou pour toute erreur, alors que sa théorie « portant avec elle-même l'idée très grave de conséquences budgétaires peut très bien n'être pas supposée établie pour tous les accidents administratifs » (72).

(70) Cette théorie est une de celles qui révèle l'imagination débordante du grand Doyen. Mais il corrige constamment son imagination en se reniant.

(71) Cette théorie fut défendue également par Gierke, Aubry et Rau, Demolombe et Michoud. Références, p. 178 de la 3^e édition.

(72) Théorie défendue par Zachariae, voir Hauriou, p. 178 de la même édition.

On reconnaît là le goût très spécial du Doyen Hauriou pour les théories intermédiaires. Intermédiaire, celle-ci l'est à un double titre :

— *par son fondement* : l'assurance mutuelle est un concept de droit social. Ce n'est plus du droit privé, mais ce n'est pas du droit public;

— *par ses conséquences* : il faut indemniser, mais pour des raisons financières évidentes, il faut limiter l'indemnisation.

Cette théorie — contrairement à celle de la gestion administrative — n'entend s'enraciner dans aucun texte. Ainsi que l'auteur l'avoue lui-même, « tout se passe *comme si* ».

Mais c'est dans sa note sous l'arrêt Cames au Sirey 1897 (73) que Maurice Hauriou a développé pour la première fois la théorie du risque. « Notre décision contient ... une application de la théorie générale du risque administratif *qui nous paraît être le fondement de la responsabilité de l'Etat dans tous les cas de dommage résultant du fonctionnement de l'administration publique* » (74).

Plus loin, l'auteur ajoute : « La théorie du risque administratif ne s'est elle-même créée que pour justifier dans tous les cas l'attribution aux tribunaux administratifs des procès en responsabilité contre l'Etat. Ainsi s'introduisent les grands principes le plus souvent par occasion et pour ainsi dire par la porte dérobée » (75). *On remarque ici que Maurice Hauriou s'intéresse — comme à son habitude — plus à l'aspect fonctionnel de la théorie qu'à sa logique interne.*

Mais, on l'a vu, sa théorie du risque était mêlée à l'époque à la théorie de l'assurance. Ce n'est en fait qu'en 1901, date de la quatrième édition, qu'il modifie subtilement sa position en ce que, tout en écartant la théorie de l'assurance, il maintient la théorie du risque en l'adossant à la gestion administrative.

C'est que, entre temps, l'ouvrage sur la gestion administrative avait été médité et publié en 1899. *Ainsi qu'il le fait souvent après ses découvertes, Maurice Hauriou les lie à tous les autres problèmes.* En l'espèce, il fonde toute la théorie de la responsabilité sur l'idée de gestion. « La puissance publique, lorsqu'elle exerce les droits administratifs par la voie de gestion, met en jeu la responsabilité subjective des personnes administratives... » (76).

Une fois admise dans son principe, la responsabilité doit être organisée sous la forme de la théorie de l'accident et non par la théorie de la faute. En effet, le service peut commettre une simple erreur indépendante de toute faute.

De plus, la jurisprudence administrative a été guidée dans son orientation vers la théorie de l'accident par la préoccupation d'assurer la compétence sur les actions en indemnité aux juridictions adminis-

(73) III, page 33.

(74) Notes d'arrêts, p. 683.

(75) P. 685.

(76) 4^e édition, 1901, p. 231.

tratives. « La théorie des fautes, vieille règle civiliste, autorisait trop les revendications des tribunaux judiciaires » (77).

Cette hostilité d'Hauriou à la faute déjà nettement perceptible dans la troisième édition lui donne l'occasion de bâtir sa théorie de la faute d'entreprise différente de l'assurance mais qui constitue elle aussi une théorie du risque. *Selon l'éminent Doyen, il était possible de défendre la théorie de la faute dans le cadre d'entreprises familiales dirigées par un bon « pater familias » capable de surveiller de près l'exécution de ses commandements.* Mais dans le cadre des entreprises nouvelles énormes par leur structure et très complexes, il est impossible d'imputer une erreur personnelle quelconque au chef d'entreprise considéré comme commettant responsable de ses préposés.

Et cette théorie nouvelle de l'accident est née de la mort de son éphémère théorie de l'assurance. *On l'a vu, sa théorie de l'assurance jouait un rôle de contrepoids à un élargissement trop considérable de l'indemnité.* Mais sa théorie de l'assurance est devenue brusquement inutile (78) dès lors qu'il avait découvert sa théorie de la gestion capable de limiter par elle-même la responsabilité aux cas de gestion et de l'exclure dans les cas où la puissance publique agissait par voie d'autorité.

Mais dans le cadre de cette nouvelle théorie, sa vieille assimilation de la faute de service à une faute légère et de la faute personnelle à la faute lourde est maintenue. La faute de service c'est la faute anonyme de l'entreprise. La faute personnelle sera — seule concession à la théorie de la faute — sa faute lourde qui confine au dol.

Dans l'édition de 1903 (79), l'auteur raffine mais ne modifie pas sensiblement sa théorie de la faute d'entreprise. Sa nouvelle conception de la responsabilité de l'entreprise tant en matière administrative qu'en matière industrielle (il est manifestement influencé par la loi de 1898 sur les accidents du travail) lui inspire une comparaison avec la gestion d'affaire. *Toute entreprise dont l'exécution requiert des concours est, dans une certaine mesure, coopérative et le patron qui en assure la charge est le gérant d'une affaire commune qui n'est pas entièrement la sienne, qui est pour partie l'affaire d'autrui.* C'est pour cela qu'il est obligé, vis-à-vis de tous ses collaborateurs, à assurer la régularité du fonctionnement. Les articles 1372 et 1374 du Code civil précisent que « lorsque volontairement on gère l'affaire d'autrui... celui qui gère contracte l'engagement tacite de continuer la gestion qu'il a commencé ». « ...Les circonstances qui l'ont conduit à se charger de l'affaire peuvent autoriser le juge à modérer les dommages-intérêts qui en résulteraient des fautes ou de la négligence du gérant... ».

(77) 4^e édition, p. 261.

(78) Hauriou parle à cet égard de « fiction », note 4^e édition, p. 262.

(79) 5^e édition.

L'auteur, à la lecture des deux articles, ajoute formellement « on croirait entendre les considérants de l'arrêt Blanco » (80).

L'édition de 1903 n'apporte donc rien de nouveau et ne mérite pas d'autres développements (81).

PARAGRAPHE 3

La théorie de la faute administrative : 1905 à 1927.

C'est dans sa note sous l'arrêt Tomaso Greco que le changement radical s'opère (82). Notre auteur, qui est un grand réaliste, part de l'idée que le Conseil d'Etat était par trop persévérant à maintenir la notion de faute et il est amené à se demander *si la doctrine, dans sa défense de la théorie du risque, n'a pas été un peu trop influencée par le désir d'écarter la théorie civiliste qui semblait appeler avec elle la compétence des tribunaux civils*. On sait en effet que c'est surtout l'utilisation qui pouvait être faite de cette théorie plus que la théorie elle-même qui avait intéressé le grand Doyen. Sans doute, les deux avantages de la théorie du risque étaient, d'une part, que le préposé pouvait être en partie déchargé de sa responsabilité personnelle en déclarant l'entreprise responsable non pas à raison d'une responsabilité du commettant mais à raison d'une responsabilité directe, d'autre part, que la victime de l'accident était désormais déchargée de la preuve de la responsabilité de l'entreprise.

Or, il était possible de parvenir au même résultat en affirmant d'une part « l'accident est la faute de l'entreprise », et d'autre part « l'accident anonyme est présumé faute de l'entreprise ».

Par conséquent, les avantages de la théorie du risque étaient de faux avantages. Deux arguments décisifs sont fournis par le Maître de Toulouse en faveur de la faute.

1) Estimer la théorie du risque plus perfectionnée que celle de la faute est céder à une illusion. La théorie de la faute est une limitation de celle du risque et elle se présente comme le résultat d'un tra-

(80) 5^e édition, p. 246. L'auteur qui rend toujours à César ce qui lui appartient reconnaît que la théorie du fait de service considéré comme accident administratif lui a été suggérée par une courte note de Larnaude dans le Bulletin de la Société générale des prisons, séance du 18 décembre 1895, à propos de la loi du 8 juin 1895 sur la réparation des erreurs judiciaires ; et en même temps par une courte phrase de Lafferrière (Traité II, p. 188) soit. Mais que cette honnêteté scrupuleuse n'empêche pas de constater que d'une note et d'une phrase, le grand Doyen a bâti toute une théorie.

(81) Peut-être pour être très complet, doit-on mentionner que son assimilation de la faute de service avec la faute légère paraît se tempérer puisque (p. 244, note 2) il place désormais le fait de service dans la région intermédiaire entre la faute légère appréciée *in concreto* et la faute lourde. Mais c'est seulement une amorce de changement.

(82) S. III, p. 133.

vail de critique et d'analyse juridique opéré sur une donnée primitive. « On commence par déclarer responsable de tous les risques même des cas fortuits, celui qui fait certaines entreprises; *c'est efficace mais sommaire comme toute théorie de bloc* et cela ne tarde pas à devenir injuste » (83).

2) *La théorie des risques est immorale en ce qu'elle présente des accidents comme étant des conséquences inévitables de l'entreprise.* Elle est inférieure à la théorie de la faute « qui stimule la diligence des agents ». La théorie de la faute va plus dans le sens de l'intérêt de l'administration. Sans doute, la formule de l'arrêt c'est la faute du service public, mais il est bien clair que derrière le service public il y a la personnalité juridique de l'Etat à laquelle s'impute la faute, à raison du service public (84). Cette dernière observation rejoint la théorie d'Hauriou sur la personnalité juridique très réelle des personnes morales administratives liée à la position de *via media* entre le droit subjectif et le droit objectif (85). Pour l'auteur, il n'est pas douteux que les personnes morales, notamment l'Etat, puissent être déclarées civilement responsables d'une faute directe (86).

3) La théorie du risque de l'entreprise n'est tolérable dans sa brutalité que parce que les chefs d'entreprises sont assurés. Or, l'administration ne peut l'être contre ses propres fautes de service.

4) En matière d'accidents du travail, l'indemnité est forfaitaire et déterminée par la loi; cette fixation à forfait était impossible pour les préjudices résultant de fautes de service.

En ce qui concerne l'administration, la responsabilité pour faute de l'entreprise entraîne les conséquences suivantes :

1) la responsabilité de l'administration ne se présume pas (affirmation de la 11^e édition du Précis, p. 310 en contradiction avec la note sous Tomaso Greco de 1905) ;

2) l'administration n'est responsable ni des cas fortuits, ni des cas de force majeure;

3) l'administration n'est pas responsable quand la victime de l'accident était elle-même en faute.

La première édition du Précis après le tournant radical de 1905 est la 6^e en 1907. Le chapitre consacré à la responsabilité va-t-il comporter mention de l'innovation ? Il n'en est rien. Le lecteur non prévenu, ne connaissant pas la note sous l'arrêt Tomaso Greco, n'aperce-

(83) Notes d'arrêts I, p. 538.

(84) Notes d'arrêts, p. 539.

(85) Voir introduction et 2^e partie, chapitre I, section III.

(86) Il cite à cet égard l'ouvrage de Mestre sur les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale. L'introduit anonyme aux Mélanges Mestre parle affectueusement à ce sujet « d'une énorme boutade » (Mélanges Mestre p. 2). Il semble bien que Hauriou ait pris cette boutade très au sérieux car il la cite à plusieurs reprises.

vrait pas une différence fondamentale entre l'édition de 1903 et l'édition de 1907.

L'édition de 1903 mentionne que la théorie des indemnités pour fait de service est une théorie de responsabilité pour accident et non pas de responsabilité pour faute des préposés (87).

L'édition de 1907 nous parle d'une théorie de responsabilité *objective* pour faute de service et non pas pour faute des préposés.

Sans doute dans cette édition l'auteur a-t-il supprimé la référence à la théorie de l'accident, *mais du fait qu'il continue à parler d'entreprise et de faute d'entreprise, on ne sait plus très bien s'il s'agit d'une faute anonyme d'entreprise (ce qui revient à parler de risque) ou s'il s'agit de fautes personnelles non détachables de fautes de service*. Et la perplexité s'accroît à la lecture de la suite des développements.

« Cette responsabilité se rapproche donc de celle qui est mise à la charge des chefs d'entreprise par la loi du 5 avril 1898 dans la matière des accidents du travail et que l'on interprète d'ordinaire comme fondée sur une théorie du risque... mais elle ne se confond point avec la théorie pure et simple du risque » (88). Curieuse démonstration. On s'attend à l'exposé exhaustif d'une nouvelle théorie de la faute proprement administrative et Hauriou nous présente un texte ambigu, indécis, incertain... On avoue n'avoir pas trouvé d'explication satisfaisante à cette incertitude de 1907 postérieure pourtant de deux ans aux développements si clairs de la note d'arrêt de 1905.

On se contentera ici de rappeler qu'il est bien dans les habitudes du savant Doyen de lancer des idées, avec une fougue intuitive, et de les laisser dormir pour les reprendre à nouveau une fois mûries.

L'édition de 1907 ne mériterait aucune autre mention si elle ne se définissait pas comme l'édition de la théorie de l'institution. On a déjà fait remarquer à propos de la gestion administrative que l'auteur a l'habitude de lier étroitement ses nouvelles découvertes aux anciens problèmes. En l'occurrence, Hauriou a évidemment lié l'institution à la responsabilité pour fait de service. Mais il le fait timidement et même verbalement. « Envisagée comme *institution administrative, spontanée et indépendante des textes*, la responsabilité pour fait de service ne peut que se développer dans l'exécution des services publics... Il est naturel que la puissance publique qui a pris de sa propre initiative la direction de l'entreprise, en qualité de gérant, contracte l'obligation d'assurer la régularité du service... » (89). On s'aperçoit immédiatement que « l'explication » de l'institution n'éclaire en rien le problème qui peut être expliqué de plusieurs manières différentes comme il l'avait fait auparavant.

Voilà donc un exemple assez évident de coquetterie d'auteur.

Quoi qu'il en soit, l'édition de 1911 n'est pas beaucoup plus claire sur ce point et il semble bien que la 11^e édition (1927) soit la seule à

(87) P. 243.

(88) 6^e édition, pp. 485-486.

(89) 1907, 6^e édition, p. 488.

présenter clairement le problème en affirmant que la théorie du risque est très exceptionnelle (90).

SECTION IV

LE DOMAINE PUBLIC

Ce qui frappe au premier abord dans l'apport considérable d'Hauriou à la théorie du domaine, c'est que, *globalement et pour l'essentiel*, notre auteur avait déjà aperçu les lignes de sa doctrine et de la doctrine et jurisprudence contemporaines, dès la première édition du Précis en 1892.

La remarque prend plus de relief encore si l'on rappelle qu'Hauriou agrégé depuis neuf années était, en droit administratif, parfaitement novice.

Sans doute certaines analyses se sont-elles peu à peu raffinées, d'autres inexistantes en 1892 ont-elles vu le jour (en particulier la théorie des droits réels administratifs) mais l'essentiel est que dès la première édition, il avait pressenti les approches de la théorie la plus moderne du domaine. Trois paragraphes le démontreront :

- le fondement de la domanialité publique,
- le critère du domaine public,
- les droits réels administratifs.

PARAGRAPHE 1

Fondement de la domanialité publique.

Depuis Proudhon (91), la doctrine unanime affirmait que les dépendances du domaine public n'étaient point des objets de propriété pour les administrations publiques et qu'en conséquence le domaine public n'était pas un domaine de propriété (92).

En 1892, les positions de Maurice Hauriou conduisant à affirmer que le droit de domaine public s'analyse en un droit de propriété sont donc parfaitement hétérodoxes. On ne peut pourtant pas affirmer, comme le fait M. de Laubadère (93) que « cette... conception a com-

(90) 11^e édition, p. 310 et suiv. Il semble inutile de reprendre ces développements déjà contenus dans la note sous l'arrêt Tomaso Greco.

(91) Traité du domaine public, 1844, T. I, n^{os} 202 et suiv.

(92) En ce sens DUCROQ, « Cours de droit administratif » (7^e édition), T. IV, p. 1429 ; René de RÉCY, « Traité du Domaine public », T. I, n^o 199 ; BERTHÉLEMY, « Traité élémentaire de droit administratif », 4^e édition, p. 417 et suiv. ; DUCUIT, « Manuel de droit constitutionnel », p. 109 ; « Répertoire de droit administratif », Becquet Verbo, domaine n^o 194.

(93) Traité de droit administratif, 1963, p. 119, n^o 220.

plètement supplanté la précédente, réunissant les noms de Hauriou, à qui l'on doit en attribuer la paternité, Duguit, Bonnard, Rolland ». En effet, huit années avant la première édition du Précis, paraissait un article en ce sens de Barkhausen, professeur de droit administratif à la Faculté de Droit de Bordeaux (94). Mais il faut reconnaître que la puissance d'argumentation de Barkhausen apparaît moindre que celle d'Hauriou qui a donné une ampleur inégalée à la théorie (95).

Les raisons qui ont décidé l'auteur, dès 1892, à défendre la thèse de la propriété sont les suivantes :

1) *Cette idée n'est pas nouvelle*. Elle a pour elle la tradition historique. Alors que, pour certains esprits, la tradition est une présomption d'erreur, pour Hauriou, la tradition, source permanente de vérité, doit être défendue par tous les moyens, au besoin en la rénovant, en la restaurant.

— En droit romain, la majorité des dépendances du domaine public étaient considérées comme étant des *res publicae*, c'est-à-dire appartenant à l'Etat ou bien des *res universales*, c'est-à-dire appartenant aux cités (96).

— Dans l'ancien droit, Loyseau et Domat (97) défendent la thèse des *res nullius* et *res communes*. Mais il existait également des artisans de la domanialité des dépendances du domaine public et ils pouvaient s'appuyer sur des textes (98) : « Déclarons la propriété de tous les fleuves et rivières portant bateaux sur leur fond... faire partie du domaine de notre commune ».

— Le rapport d'Anjubeau sur la loi des 22 novembre-1^{er} décembre 1790 dit formellement que cet article 2 a eu pour but de mettre fin aux divergences des jurisconsultes, en tranchant une question de propriété et en reconnaissant que les dépendances du domaine public qu'il énumère sont la propriété de l'Etat. Quant à l'article 538 du Code civil, il déclare que les « chemins, routes, rues à la charge de l'Etat... et généralement toutes les portions du territoire qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée sont considérés comme des dépendances du domaine public » (99).

Maurice Hauriou interprète alors l'expression « domaine public qui n'avait pas alors le sens précis qu'elle a pris depuis » comme « la propriété de l'Etat opposée à la propriété privée » (100).

(94) Revue critique de législation 1884 : Remarques sur la théorie des domaines.

(95) Même remarque à propos d'une courte note de Saleilles à la Revue bourguignonne (p. 656) en 1891, année de rédaction de la 1^{re} édition du Précis de droit administratif.

(96) Inst. J. II t ; 1^{er} De Div. Rer., paragraphe 2.

(97) Droit public, t. I, titre VI, section I, paragraphe 7.

(98) Ord., août 1669, t. XXVII, art. 41.

(99) Précis, 1^{re} édition, p. 441.

(100) Précis, 1^{re} édition, p. 491.

La tradition fonde donc solidement cette thèse. Mais la tradition a pour elle la raison.

2) Les arguments de raison sont également décisifs aux yeux d'Hauriou.

La qualité de dépendance du domaine public pour une chose déterminée n'est pas permanente et absolue. Elle dure autant que l'affectation à l'utilité publique. Or *avant* et *après* l'affectation, la situation de la chose ne se modifie pas intrinsèquement. Elle était dans le domaine privé de l'administration. Elle retombera dans ce même domaine privé. *Il est illogique d'admettre, selon les circonstances, que la propriété apparaît ou disparaît.* « N'est-il pas plus naturel d'admettre qu'elle existe toujours au fond, quoique modifiée dans ses effets par l'utilité publique tant que dure l'affectation » (101).

Mais c'est une propriété très altérée puisque pendant la durée de l'affectation

— *l'abusus* disparaît,

— *l'usus* disparaît en ce sens que la chose ne peut être affectée à un usage autre que celui auquel elle est consacrée par l'utilité publique,

— le *fructus* est modifié en ceci que la chose ne peut plus produire de fruits qu'en tant que cela n'est pas nuisible à sa destination.

Cette théorie nouvelle par son ampleur et son caractère systématique fut confirmée par la jurisprudence (102).

La doctrine du domaine insusceptible de propriété était assez mal en point « lorsqu'elle fut relevée, il faut le reconnaître, par la vigoureuse campagne menée par M. Duguit dans ses divers ouvrages pour soustraire le droit public aux théories du droit civil et pour le fonder tout entier sur des notions objectives ». Duguit, on le sait, voulut chasser toute ombre de théorie civiliste du droit public. Il ne pouvait donc qu'être hostile au droit de propriété du domaine public. Dans ces conditions, il lui parut simple de revenir à nouveau à cette idée d'un domaine public ayant une vie objective, existant pour lui-même pour l'unique raison qu'il serait affecté aux besoins du public (103).

Conformément à sa *via media* entre le droit objectif et le droit subjectif, Hauriou resta très solidement ancré sur la thèse de la propriété car « les données de la personnalité juridique, des droits subjectifs de la propriété, de la responsabilité sont de mise toutes les fois qu'il s'agit de régler les relations avec autrui, c'est-à-dire des relations dans lesquelles il y a deux parties en présence » (104).

(101) Précis, 1^{re} édition, p. 492.

(102) Voir troisième partie, chapitre I, section II, paragraphe 1.

(103) Ces développements qui rendent exactement compte de la théorie de Duguit (Manuel de droit constitutionnel, p. 109) viennent s'opposer à l'affirmation de M. le Professeur de Laubadère qui semble présenter Duguit comme un tenant de la thèse adverse, *Traité*, 1963, p. 119, n° 220.

(104) Principes de droit public, p. 98 et suiv. Par contre et c'est en quoi c'est une thèse médiane, chaque fois qu'il s'agit de régler des situations d'organisation

La thèse de la propriété s'est maintenue; encore actuellement aujourd'hui elle a exercé une influence prépondérante (105). Ainsi qu'on le constatera souvent dans le cours de ces développements, les présupposés globaux de l'auteur rejoignent la plus minutieuse de ses analyses.

On vérifiera également cette liaison dans l'analyse du critère du domaine public.

PARAGRAPHE 2

Le critère du domaine public.

Dès 1892, Hauriou estime que le seul caractère commun que l'on puisse trouver dans toutes les dépendances du domaine public énumérées par la loi, c'est que toutes ont reçu dans l'affectation d'utilité publique « Le critérium est dans l'affectation de la chose à l'utilité publique » (106).

Pour l'auteur, il faut entendre cette affectation de la façon la plus large :

1) L'affectation peut résulter :

- de ce que la chose est affectée à l'usage direct du public,
- de ce qu'elle est affectée à un service public.

2) Il n'est pas nécessaire que l'affectation soit perpétuelle.

3) Des choses mobilières peuvent aussi bien que des immeubles être considérées comme dépendances du domaine public.

4) *Des choses incorporelles peuvent comme les choses corporelles être considérées comme dépendances du domaine public.*

« C'est ainsi que certaines fonctions publiques ou certains offices, qui sont envisagés comme des objets de propriété, sont des dépendances du domaine public de l'Etat inaliénables et imprescriptibles... Ainsi en est-il pour les offices ministériels pour le grade des officiers, pour les chaires de l'enseignement » (107).

Dès l'origine, Hauriou a vivement combattu le syllogisme de Ducrocq (108) :

intérieure de l'Etat, les notions objectives doivent seules être utilisées. A la limite, pour Hauriou, tous les phénomènes politiques relèveraient de l'objectif, tous les phénomènes économiques relèveraient du subjectif (notes d'arrêts, t. III, p. 215).

(105) Voir troisième partie, chapitre II, section II.

(106) Précis, 1^{re} édition, p. 497. Duguit adopte la même solution quelques années plus tard. Voir troisième partie, chapitre I, section II, paragraphe relatif au domaine public.

(107) Précis, 1^{re} édition, p. 498. Cette idée très frappante sera développée et expliquée dans le paragraphe relatif à la fonction publique.

(108) Traité des édifices publics, p. 47.

« Une chose domaniale ne peut faire partie du domaine public, être inaliénable et imprescriptible qu'en vertu d'un texte de loi général ou spécial.

« Or, il n'existe pas de texte général qui classe dans le domaine public ou frappe d'inaliénabilité tous les bâtiments affectés à un service public.

« Donc il n'y a dans le domaine public que les bâtiments auxquels un texte spécial imprime ce caractère. »

Le principal argument d'Hauriou consiste à montrer que tout le monde a admis comme une chose toute naturelle que des églises, bâtiments pour lesquels il n'y a aucun texte sont des dépendances du domaine public. Les décisions judiciaires furent unanimes pour l'affirmative (109). L'arrêt du 5 décembre 1838 en donne pour raison qu'« avant le Code civil, il était universellement admis en France, que les églises ou édifices consacrés au culte n'étaient pas susceptibles de propriété privée et *ce principe d'ordre et de droit public n'a pas été détruit ou modifié par le Code Napoléon* ».

De toute évidence, pour notre auteur, cette dispense de texte n'est pas réservée aux églises.

De plus les faits résistent à la théorie contraire.

En effet, il est impossible d'affirmer que toutes les dépendances soient à l'usage de tous, puisque « le public ne peut se servir de certaines d'entre elles que par l'intermédiaire d'un service de l'exploitation » (110).

D'ailleurs, toutes les dépendances du domaine public ne sont point insusceptibles de propriété privée. « Aucune d'elle n'est par sa nature physique insusceptible d'appropriation, car des portions du rivage de la mer et des fleuves peuvent très bien être appropriées » (111). Mais la doctrine fut longtemps partagée. Non seulement Ducrocq mais encore Aucoc, Batbie, Adolphe Chauveau, Delvincourt, Macarel, Boulatignier et Proud'hon rangeaient parmi les dépendances du domaine privé les bâtiments affectés au service public. De plus Berthélemy tentait d'adopter subtilement la théorie de Ducrocq. Il fallait en conséquence des arguments de texte. Dès 1892. Hauriou les avait trouvés.

1) La doctrine adverse ne tenait pas compte de tous les textes, elle s'attache exclusivement à l'article 538 du Code civil qui donne des exemples de dépendances non bâties, *mais elle négligeait l'article 590* qui donnait des exemples de bâtiments, les portes, murs, remparts des places de guerre. Or il n'existe aucune raison sérieuse d'écarter l'article 590.

2) De plus, la doctrine de l'affectation au service public est en harmonie logique avec la règle de l'inaliénabilité. « Si toute la doma-

(109) Cass., 1^{er} décembre 1823, S. VII.1347 ; Cass., 19 avril 1825, S. VII, p. 106 ; Cass., 5 décembre 1838, S. 1839.133.

(110) Précis, 11^e édition, p. 662.

(111) Précis, 11^e édition, p. 662.

nialité publique est dans l'inaliénabilité et si toute l'inaliénabilité est dans l'affectation, toute la domanialité publique est elle-même dans l'affectation et par conséquent tout objet de propriété administrative affecté à l'utilité publique est une dépendance du domaine public » (112).

Face à un problème difficile, en présence d'une doctrine très partagée, le novice de 1892 avait su s'orienter dès le début dans la bonne direction. L'affectation au service public comme critère du domaine public, avec toutes les nuances et les raffinements ultérieurs, demeure toujours vraie (113).

Mais le domaine public, matière décidément très fécondée par la réflexion d'Hauriou, a encore permis à celui-ci de créer de toutes pièces une catégorie juridique nouvelle dont l'importance fonctionnelle ne peut être négligée : la catégorie des droits réels administratifs (114).

PARAGRAPHE 3

Les droits réels administratifs.

« Il existe tout un groupe de droits spéciaux conférés aux particuliers par l'autorité administrative et partout sur le domaine public : nous leur donnerons le nom de concessions. Les concessions offrent la plus grande analogie avec les droits réels... » (115).

Cette citation de Planiol est tout à fait caractéristique de l'état de malaise dans lequel se trouvait la doctrine à l'égard de ce problème.

« Ce sont des droits spéciaux... nous leur donnerons le nom de concession... analogie avec les droits réels. »

Le malaise provenait essentiellement de la difficulté à transposer dans le droit public une notion élaborée dans et pour le droit privé.

Le problème qui se pose est le suivant : Est-il bon de distinguer quant à la nature juridique de leur situation entre les particuliers qui utilisent le domaine de façon collective et anonyme et ceux qui l'utilisent sur une portion limitée au moyen de droits particuliers protégés par le législateur ?

(112) Précis, 11^e édition, p. 663. M. le Professeur de Laubadère (Traité, 1963, p. 118, n° 219) semble affirmer que la critique aux thèses de Ducrocq et Berthélemy a été principalement faite par Jèze en 1931 (R.D.P., 1931.163). Tous les développements qui précèdent montrent au contraire qu'elle remonte pour l'essentiel à 1892 et qu'elle s'est peu à peu développée dans les Précis de droit administratif de Maurice Hauriou.

(113) Voir troisième partie, chapitre II, section II.

(114) Maurice Hauriou s'est toujours intéressé au droit dans une perspective fonctionnelle. Son disciple toulousain ne pouvait manquer d'apercevoir la fécondité de ce point de vue ! Sur les notions conceptuelles et les notions fonctionnelles, voir G. VEDEL, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Borinstein », précité.

(115) Marcel PLANIOL, « Traité de droit civil », 1^{re} édition, 190, n° 2078.

Pour Duguit et Jèze (116), ces deux catégories sont dans la même situation juridique. « Ces diverses situations sont identiques quant à leur nature; elles varient seulement quant à leur contenu selon leur rapport avec l'affectation du domaine » (117).

La réponse d'Hauriou était toute différente; suivi de ses disciples Rigaud et Mestre, il estimait que les utilisations privatives du domaine public correspondaient à des situations juridiques constituant des droits réels transposés en droit public et qualifiés de droits réels administratifs.

Qu'entendait par là l'Ecole de Toulouse? Pour le déterminer, encore faut-il rappeler comment le problème s'était posé avant qu'Hauriou ne s'en préoccupât.

La formule courante était que les concessionnaires ou permissionnaires du domaine public n'ont, sur la dépendance concédée, à raison de l'inaliénabilité de celle-ci, qu'un droit de possession précaire et révocable, qu'ils n'ont aucun droit réel qui soit un démembrement de la propriété, spécialement ni usufruit, ni emphytéose (118). Aucoc, en ce qui concerne les compagnies de chemins de fer par exemple, dit formellement qu'elles n'ont, sur le sol du chemin qu'elles ont construit ou mis en état d'être exploité pour le compte de l'administration, aucun droit de propriété ni aucun droit immobilier qui puisse être qualifié d'usufruit ou d'emphytéose (119).

Il apparaissait impossible d'admettre l'existence de droits réels au bénéfice du particulier usager dans la mesure où l'essence du droit réel — tel qu'il est conçu dans la doctrine civiliste — réside dans un rapport direct et immédiat du particulier avec la chose (120). *Dès lors son principal intérêt est de permettre une opposabilité absolue à l'égard des tiers.* Permanence et stabilité sont ses deux caractéristiques essentielles découlant du rapport immédiat de la personne à la chose. C'est si vrai que l'emphytéose — long bail de 99 ans qui est logiquement un droit personnel — (rapport du bailleur au locataire) est qualifié par la loi de droit réel en raison de sa stabilité et de sa permanence.

Or, précisément, comment transposer cette stabilité en droit public alors que l'administration doit être capable d'une grande souplesse ou « marge de manœuvre », alors que la règle de l'inaliénabilité protège impérativement le domaine public ?

C'est probablement cette difficulté qui en ce point empêcha Hauriou de déterminer dès la première édition la nature exacte de ces droits. Contrairement à sa position relative aux fondements et aux

(116) DUGUIT, Traité III.346, JÈZE, article R.D.P., 1910.695 à 713.

(117) De LAUBADÈRE, Traité 1963, p. 189, n° 362.

(118) En ce sens BERTHÉLEMY, « Traité élémentaire de droit administratif », 4^e édition, pp. 424 et 429; DUCROQ, « Cours de droit administratif », 7^e édition, t. IV, n° 1584, p. 316 et n° 1606, p. 356; de RÉCY, « Traité du domaine public », t. I, n°s 466 et suiv.

(119) Conférences sur le droit administratif, 2^e édition, t. III, n°s 1310 et suiv.

(120) Sur ce point MAZEAUD, « Leçons de droit civil », t. II, n°s 1646 et suiv.

critères du domaine public, ce n'est que peu à peu qu'il a dégagé cette notion :

— En 1892, le terme et la notion de droit réel administratif sont absents.

« Est impossible non seulement l'aliénation de la pleine propriété, mais toute aliénation d'un démembrement de la propriété, par conséquent toute constitution de servitudes... »

« Mais de ce que les droits réels ne peuvent pas être constitués sur les dépendances du domaine public, il ne s'ensuit pas que des concessions précaires ne puissent pas être faites sur ces mêmes dépendances. Les concessions de ce genre sont d'une pratique constante. Elles ne confèrent au concessionnaire *aucun droit réel véritable*. »

Mais l'équivoque est ressentie comme telle dès la première édition puisque Hauriou ajoute que « ces concessions confèrent l'exercice du droit réel, sa possession ou sa quasi-possession vis-à-vis des tiers, si bien que le concessionnaire peut exercer vis-à-vis de ceux-ci l'action possessoire » (121).

En 1893 et en 1897 (122), sa position ne se modifie pas.

En 1901, elle change sensiblement. Hauriou affirme qu'il ne faut pas confondre avec les droits réels de servitude les aisances de voiries, droits d'accès et droit de vue des riverains des voies publiques et des places publiques. Ce sont des droits acquis. Ce sont des droits administratifs... ».

Au surplus, selon l'auteur, il est des droits réels compatibles avec la destination de la chose parce qu'ils ne tendent point à la mettre dans le commerce. « Tel est le droit d'usufruit spécial qui existe au profit de la fabrique sur l'église communale... tel est le droit de propriété spécial que la jurisprudence admet sur les concessions perpétuelles dans les cimetières et qui est transmissible dans certaines limites » (123).

Ainsi donc, il parle en 1901 de droits administratifs et de façon embryonnaire l'idée est déjà contenue dans cette formule.

Cependant, en 1903 et 1907 (dates des 5^e et 6^e éditions), sa position reste figée sur ce point et ces droits de nature administrative qu'il a timidement décrits ne semblent pas correspondre à une catégorie juridique de grande importance. C'est ainsi que, dans l'édition de 1907, il continue à ne pas intégrer les concessions temporaires dans la catégorie de ces « droits acquis de nature administrative ».

Ce n'est qu'en 1911, date de la 7^e édition, que sa théorie des droits réels administratifs est affirmée dans toute sa vigueur et son originalité (124).

(121) Précis, 1^{re} édition, p. 494.

(122) 2^e et 3^e édition.

(123) Précis, 4^e édition, p. 613.

(124) Une remarque s'impose : l'arrêt ministre du Commerce, capital pour cette théorie, date de 1906. L'édition ne le mentionne pas. Ce n'est qu'en 1908 qu'Hauriou le commente au Sirey. (Hauriou commente souvent les arrêts avec deux ou trois années de retard). Combien cette pratique diffère de la nôtre ! Le

Si la théorie a pu voir le jour c'est qu'entre-temps le point de vue s'était déplacé. Il ne s'agissait plus de reconnaître aux compagnies de chemin de fer et des autres concessionnaires du domaine public des droits réels du droit civil, par exemple la faculté d'hypothèque; il s'agissait de déterminer si l'on ne pouvait pas reconnaître « au profit des concessionnaires, un droit réel de nature spécifiquement administrative révocable ou résolvable en argent, par conséquent pratiquement compatible avec la règle de l'inaliénabilité mais susceptible de produire un certain nombre d'utilités, un certain nombre de garanties... » (125).

Ces positions nouvelles permettaient d'expliquer :

— *l'utilisation de l'action possessoire* reconnue par la jurisprudence aux concessionnaires ou permissionnaires du domaine public et qui était en contradiction avec la précarité absolue de leur possession,

— *le droit reconnu par la jurisprudence aux concessionnaires d'obtenir des indemnités pour dommages* résultant de travaux publics en dépit du principe initial et sommaire que la précarité même de leur droit leur enlevait toute possibilité d'agir.

C'est le double intérêt de l'arrêt Ministre du Commerce/Chemin de fer d'Orléans (126) qui qualifie le droit du concessionnaire de droit exclusif de jouissance.

« Le raisonnement du ministre du Commerce n'apparaît pas très net; en revanche, le sentiment sur lequel il repose est fort clair. L'Etat concédant reste seigneur et maître du terrain concédé; la compagnie qui n'a qu'une possession précaire doit être trop heureuse de lui fournir non seulement les emplacements pour la ligne télégraphique mais la prestation qui consiste à les nettoyer. Elle n'est pas seulement une précariste, elle est une corvéable. C'est du droit féodal mais la féodalité est naturelle à l'homme et même à l'administration » (127). Cet humour féroce qui porte bien la marque de son auteur montre bien tout ce que sa théorie des droits réels administratifs comportait à l'époque où il écrivait de puissance polémique virtuelle dirigée contre l'administration.

Cette théorie — qui a subi par la suite quelques transformations secondaires — ne pouvait s'expliquer que par le refus d'accorder à la règle de l'inaliénabilité une portée absolue. L'inaliénabilité empêche de rendre les dépendances du domaine public susceptibles de propriété privée mais ne les rend pas insusceptibles de toute espèce de propriété. Mais l'élément de précarité n'est jamais totalement absent dans le droit public même si l'on transpose une catégorie privatiste. Hauriou (128) montre que si les concessions temporaires peuvent

plus souvent les arrêts sont, de nos jours, presque immédiatement commentés. Peut-être la rapidité s'opère-t-elle au détriment de la fécondité intellectuelle ?

(125) Notes d'arrêts, 3^e volume, p. 273.

(126) C.E., 25 mai 1906, S. 1908.III, p. 65.

(127) Notes d'arrêts, 3^e volume, p. 278.

(128) 11^e édition, p. 653.

conférer au concessionnaire la possession et l'exercice de l'action possessoire et un véritable droit de jouissance sur la chose, il ne faut pas oublier que ce droit réel est temporaire, révocable ou rachetable comme la concession elle-même.

Ainsi l'intérêt véritable de la théorie apparaît enfin : restée précaire à l'égard de l'administration, la situation du concessionnaire est enfin garantie vis-à-vis des tiers.

Surtout cette théorie des droits réels administratifs s'insère de façon très cohérente dans la vision globale que Hauriou a du domaine public et du droit public tout entier (*via media*).

— Sa conception du domaine public le conduit à l'idée de propriété administrative. De même qu'il existe une propriété administrative, de même existeront des démembrements de celle-ci qualifiés de droits réels.

— De plus, les droits réels administratifs, transposition d'un concept civiliste en droit administratif est tout à fait conforme — de même que la théorie de la propriété administrative à laquelle elle est intellectuellement liée (129) — à la conception générale du droit public qu'Hauriou avait adoptée (de façon parallèle ou de façon inductive. Il est difficile d'opérer exactement le partage).

En effet sa *via media* entre le droit subjectif et le droit objectif, entre la Herrschaft et l'Ecole de Duguit ne pouvait que se renforcer en s'enracinant dans la théorie des droits réels administratifs. Cette théorie s'élabore à partir d'une double démonstration dirigée contre :

— les tenants d'une conception subjectiviste du droit pur qui veulent analyser les droits réels en des rapports d'obligation personnelle;

— les tenants d'une conception objectiviste du droit pur qui ne veulent y voir que des situations objectives maintenues par le seul exercice du pouvoir de domination.

Cette théorie, assez hybride, exerce encore une grande influence et subit quelques critiques (130).

Par elle aussi Maurice Hauriou a réussi à faire progresser, de façon décisive, la théorie générale du domaine public.

SECTION V

LA FONCTION PUBLIQUE

Tous les thèmes du domaine — propriété administrative, affectation au service public, droit réel ou statut réel — se retrouvent assez exactement exposés dans les analyses de la fonction publique.

Le fonctionnaire peut être, à la limite, propriétaire de sa fonction; au moins jouira-t-il d'une possession plus ou moins précaire, plus ou

(129) Cette liaison n'a pas toujours été clairement aperçue par la doctrine.

(130) Voir troisième partie, chapitre II, section II.

moins protégée qui peut s'analyser comme les droits réels en une concession de puissance publique; enfin, un des éléments fondamentaux de la définition du fonctionnaire réside dans « le ministère de service public » qu'il assume.

Comment s'étonner de la transposition presque systématique des thèmes d'Hauriou relatifs au domaine dans le cadre de la fonction publique si l'on rappelle que pour lui la fonction publique est une dépendance domaniale ?

Dès la 1^{re} édition, Maurice Hauriou affirme que des choses corporelles comme des choses incorporelles peuvent être considérées comme dépendances du domaine public. « C'est ainsi que certaines fonctions publiques ou certains offices qui sont envisagés comme des objets de propriété sont des dépendances du domaine public inaliénable et imprescriptible... Ainsi en est-il pour les offices ministériels, pour le grade des officiers, pour les chaires de l'enseignement supérieur » (131). Il est frappant de constater que le passage cité est extrait de développements relatifs au domaine public et non à la fonction publique.

Mais il ne faudrait pas déduire de ces remarques que les thèmes privatistes de propriété et de possession dominent sa conception de la fonction publique. De même que dans la théorie du domaine les droits réels administratifs sont frappés de précarité et cèdent devant la puissance publique, de même sa vision de la fonction publique, fidèle à la *via media* qu'il a toujours recherchée, est-elle également empreinte de puissance publique. A la fonction publique, conçue comme possession ou propriété, fait écho la très vieille et très profonde hostilité de Maurice Hauriou à la théorie du contrat de fonction publique.

Ce balancement du droit privé au droit public constitue le mouvement régulier des développements habituels d'Hauriou dans bon nombre de matières. On ne s'étonnera donc pas que l'utilisation de thèmes hybrides appartenant pour partie au droit public et pour partie au droit privé puisse constituer l'idée essentielle des développements suivants :

- 1) la fonction publique, dépendance du domaine;
- 2) le contrat de fonction publique.

PARAGRAPHE 1

La fonction publique dépendance domaniale.

Cette conception domaniale de la fonction publique est liée à sa conception de l'ordre social individualiste. Ainsi qu'il le montre dans l'édition de 1910 des Principes de droit public (132), l'opposition

(131) Précis, 1^{er} édition, p. 498.

(132) PP. 36, 91, 171, 420.

n'est pas entre les salariés et les capitalistes, elle est entre les salariés et les entrepreneurs.

Les petits propriétaires, les fermiers ou certains fonctionnaires privilégiés *qui ont la sécurité de leur emploi* ont ceci de commun qu'ils sont du même côté de la vie civile. « Ce ne sont ni des salariés, ni des propriétaires. Quel critère va permettre de différencier ceux qui sont d'un côté et ceux qui sont de l'autre côté de la vie civile ? La « pénibilité » des travaux constitue ce critère et permet de rendre sensible la différence des deux couches sociales.

Un travail peut être pénible de deux façons :

— objectivement quand il exige un effort *physique* qui entraîne des risques physiques ;

— subjectivement quand il n'est pas lié au faire-valoir d'une propriété « quelle que soit son espèce, qu'il soit intellectuel ou physique ».

Ainsi les travaux des champs, en eux-mêmes très pénibles, sont supportés facilement par le propriétaire qui fait valoir lui-même, facilement encore par le colon partiaire et le fermier associés au faire-valoir de la propriété.

Les travaux des mines et de l'usine sont en soi pénibles et de plus accomplis par des salariés qui ne sont associés en aucune façon au faire-valoir de ces propriétés spéciales. Ici, malgré l'élévation des salaires, la peine physique jointe à la privation de propriété se combinent pour faire de cette catégorie des travailleurs très mécontents et donc très revendicatifs.

Les employés de bureau ou de commerce dont le travail est physiquement moins pénible restent eux aussi très mécontents de leur sort car ils ne peuvent considérer leurs peines de travail comme le faire-valoir d'une propriété.

Par contre, on considère généralement « les fonctionnaires d'un rang un peu élevé comme privilégiés. Cela est vrai mais ce n'est pas parce qu'ils touchent un traitement plus fort... C'est parce qu'ils sont titulaires d'un emploi dont la possession leur est garantie et que le travail se présente à leurs yeux sous la forme du faire-valoir de cette propriété spéciale qu'est l'emploi ».

Hauriou entrevoit deux solutions pour remédier à cette situation.

— *Une solution de droit privé* : la copropriété de l'entreprise entre ouvriers et dirigeants sous forme de l'actionnaire ouvrier avec un conseil d'administration conforme aux règles des sociétés.

— *Une solution de droit public* : la stabilisation légale ou réglementaire de l'emploi.

Deux remarques s'imposent ici :

— Les revendications les plus âprement défendues à l'heure actuelle par les syndicats sont — parallèlement aux revendications de salaires — des revendications de participation à la gestion de l'entreprise, que celle-ci soit privée ou publique. Cette revendication de par-

ticipation qui ferait de l'entreprise la chose de ceux qui y travaillent permet de mesurer la grande actualité des thèses de Maurice Hauriou.

— Par ailleurs, la stabilisation réglementaire de l'emploi que Maurice Hauriou annonçait et souhaitait dès 1910 s'est cristallisée dans les statuts de la fonction publique de 1946 et 1958. Ainsi il faut étendre aujourd'hui à tous les fonctionnaires, puisqu'ils jouissent tous de puissantes garanties de stabilité, l'analyse que notre auteur limitait à certains fonctionnaires privilégiés.

Cette idée de propriété est donc fortement ancrée dans l'univers intellectuel d'Hauriou. Il la pressentit dès 1892 dans la 1^{re} édition du Précis et dans sa note sous l'arrêt Cadot (133).

« La vérité est que le droit a toujours cherché à assurer des garanties aux fonctionnaires... par la théorie des droits réels et de la possession » (134).

Quels sont les arguments proprement administratifs qu'invoque Maurice Hauriou à l'appui de cette thèse ? (135).

D'abord, le fonctionnaire passe, la fonction demeure. La fonction ou l'emploi peuvent dès lors être considérés comme des choses incorporelles susceptibles d'une possession plus ou moins précaire. « Le fonctionnaire nommé à une fonction a la possession de cette fonction (136).

La preuve de cette thèse peut en être donnée par l'examen des cas extrêmes. Il y a des catégories de fonctionnaires qui sont très protégées de la révocation; tels sont l'officier, le professeur titulaire d'une chaire, l'officier ministériel titulaire d'un office. Or, le droit traduit cela par l'idée que ces fonctionnaires ont une sorte de droit de propriété, l'officier sur son grade, le professeur sur sa chaire, l'avoué ou le notaire sur son étude.

Mais alors que l'auteur se contentait vaguement au niveau des analyses de droit constitutionnel de l'idée de propriété, *il estime au niveau du droit administratif que la notion de propriété mérite d'être finalement remplacée par celle de possession.*

(133) Il serait fortement exagéré d'en conclure que l'auteur avait déjà tout entrevu en 1892. On en donnera pour preuves ses hésitations et son embarras visibles dans les éditions successives du Précis à ranger la fonction publique dans l'une ou l'autre des parties. C'est ainsi qu'en 1892 et 1893 le chapitre I intitulé « Les droits de police » comprend en sa section I, d'ailleurs très courte, « La police des fonctionnaires ». Dans l'édition de 1897, le changement est évident. C'est dans le chapitre intitulé « Les droit domaniaux » que le lecteur trouve :

Section I : Le domaine ; Section II : La fonction publique ; Section III : Les modes d'acquérir de la puissance publique. Ce n'est qu'à partir de 1903 que l'auteur rangera dans le chapitre ou le titre (selon les éditions) consacré aux moyens de gestion des services publics : Section I : La fonction publique (conçue comme réquisition) ; Section II : Domaine, expropriations, travaux publics. Ces hésitations témoignent donc du manque de maturité de sa réflexion en ce domaine. Il n'en reste pas moins que l'intuition originelle remonte à 1892.

(134) Note sous Cadot, S. 1892.III, p. 17.

(135) Jusque là l'argumentation fondée sur une remarque d'ordre psychologique relevait plutôt du droit constitutionnel et de la science politique.

(136) Note sous arrêt Cadot.

Quoi qu'il en soit de cette distinction, il estime qu'il s'agit d'un statut réel, c'est-à-dire que le fonctionnaire n'a sur sa fonction *aucun droit de nature personnelle* mais qu'il occupe sa fonction par ce mode réel d'acquérir les choses qui s'appelle l'occupation, laquelle entraîne à son tour une sorte de possession de la fonction et même « dans des cas privilégiés, une sorte de propriété temporaire et révocable (la chaire, le grade, l'office) » (137). Pourquoi parlerait-on de possession ou encore de propriété de type très spécial (analyse au droit réel administratif de certains occupants du domaine public) ? Parce que la fonction que le fonctionnaire occupe *peut essentiellement s'analyser comme une concession de puissance publique afin d'assurer un ministère de service public*.

Cette concession est entourée de garantie mais elle est également très précaire.

Voici les caractéristiques de ces droits de propriété très spéciaux.

1) Ils ne portent jamais sur la totalité de la fonction, « la puissance publique garde toujours une provision » (138), c'est-à-dire qu'elle se réserve certains droits de police qui lui permettront de rester maîtresse de la fonction. Cette « provision » varie suivant les fonctions, elle comporte en principe le droit de nommer, celui de supprimer ou de modifier la fonction, d'en désigner le titulaire ou de le déplacer, etc...

2) Les avantages de la fonction sont matérialisés en un objet sensible comme la chaire, le grade ou l'office mais il n'existe aucun droit au poste ou à la résidence.

3) Enfin, le droit de propriété du fonctionnaire est essentiellement viager et exclu du commerce (sauf pour les offices) (139).

En ce qui concerne les fonctionnaires non privilégiés et dont le statut réel ne peut s'apparenter à un droit de propriété même très spécial et entaché de précarité, Hauriou estime que leur statut peut au moins s'analyser en une sorte de possession. De même que la possession en droit civil comporte une part très importante de pur

(137) Précis, 11^e édition, p. 599.

(138) Précis, 11^e édition, p. 601.

(139) Maurice Hauriou se défend par avance du reproche d'un retour à la patrimonialisation de la fonction publique en affirmant qu'il y a des formes de propriété qui sont elles-mêmes de l'ordre de la souveraineté ou de l'ordre du pouvoir et qui ne sont pas de l'ordre de la patrimonialité. DUCURT (« Manuel de droit constitutionnel », I, p. 436 ; « L'Etat, les gouvernants et les agents », p. 389 et suiv., 573 et suiv.) et JÈZE (« Principes généraux du droit administratif », p. 41) ne semblent pas avoir été convaincus par cette argumentation. Hauriou a senti les difficultés qu'entraînait cette théorie puisqu'en 1907 (6^e édition, p. 563) il reconnaît que la pente de sa thèse conduit à la patrimonialisation et à l'hérédité. « C'est contre ce danger que doit prémunir une bonne théorie domaniale des fonctions publiques considérées comme dépendances d'un domaine public inaliénable et imprescriptible ».

fait (140), de même cette possession de la fonction s'explique par l'aspect matériel de l'occupation. Dans cette voie qui conduit à considérer les fonctions publiques comme des choses et à reconnaître aux fonctionnaires certain droit d'occupation sur les choses, il faut distinguer, selon Hauriou, le grade et l'emploi. « Le grade est le droit sur la chose, l'emploi l'exercice du droit (141). Le titre et l'emploi sont dans une certaine relation; ainsi la propriété d'un titre donne droit à un emploi correspondant (142).

Que les fonctions publiques soient considérées comme des choses susceptibles de propriété ou de possession, mais de propriété très précaire, ne saurait étonner le lecteur déjà habitué à la grande fidélité d'Hauriou aux thèses médianes et notamment pour sa *via media* entre le droit subjectif et le droit objectif.

Or, cette même fidélité permet de rendre compte de son hostilité instinctive et initiale à toute conception d'un contrat de fonction publique.

PARAGRAPHE 2

L'hostilité aux thèses contractuelles.

L'hostilité de Maurice Hauriou aux thèses du contrat de fonction publique date de 1892. Mais à cet égard la première édition du Précis (1892) et la note sous l'arrêt Cadot (1892) révèlent une contradiction très apparente.

Dans le Précis, Maurice Hauriou, quoique se défiant des excès de la théorie contractuelle semble y rester attaché.

Par contre, dans la note sous l'arrêt Cadot, l'auteur y est résolument hostile.

Comment expliquer cette contradiction? Il semble que la simultanéité des dates ne soit que apparente. Alors que la note sous l'arrêt Cadot date de 1892 (Sirey 1892 trois ans après l'arrêt (143), le Précis daté de 1892 a très probablement été rédigé en 1890-1891. L'exemplaire ayant appartenu à l'auteur porte une précision supplémentaire puisque à la page 778 le tampon de A. Burdin, imprimeur, porte la date du

(140) MAZEAUD, « Leçons de droit civil », t. II.

(141) Précis, 11^e édition, p. 602. Cette dernière remarque est typique de la façon dont Hauriou amalgame ses thèses les plus personnelles avec des notions bien connues qui leur sont externes. Le grade et l'emploi dans leurs relations réciproques peuvent s'expliquer bien autrement. Cela n'empêche pas Hauriou d'y voir un prolongement et une justification de ses thèses.

(142) Sur ce point précis, la jurisprudence la plus récente du Conseil d'Etat a jugé que la vocation à l'emploi correspondant ne fait pas obstacle à ce que le chef de service confie au titulaire d'un grade déterminé des fonctions normalement remplies par des agents d'un grade inférieur, C.E., 10-1-1958, Portes, A.J.D.A., 1958.II.161.

(143) C'est une des caractéristiques — déjà aperçues — des notes d'arrêt de notre auteur.

22 août 1891. Hauriou a donc fini de rédiger son Précis au plus tard dans les premiers mois de 1891. Ainsi la note sous l'arrêt Cadot correspond à un second état de sa pensée.

Dans le Précis, Hauriou affirme que le fonctionnaire semble lié à la personne administrative qui l'emploie *par un contrat de mandat*. Sans doute, « *certain auteurs ont cherché à accentuer ce qu'il y a de contractuel dans la situation. Mais il faut se garder de rien exagérer* » (144).

Il y a mandat mais les personnes administratives restent tellement maîtresses de ce mandat que les droits qu'elles exercent vis-à-vis de lui participent beaucoup plus des droits de police que des droits contractuels (145). Pour Hauriou, « c'est un mandat tout à fait *sui generis* ».

Ainsi le fonctionnaire est dans une situation très ambiguë qui ressemble à celle du précariste en droit romain (146). « Des rapports contractuels de mandat viennent s'y joindre, *mais ils sont secondaires* » (147).

On sent donc, même dans la première édition, une méfiance profonde à l'égard de toute théorie contractuelle qui laisse présager facilement le glissement à l'hostilité déclarée. Il n'en reste pas moins que l'idée de mandat demeure même si elle est mâtinée de la qualification insignifiante de *sui generis*. Ce n'est que dans sa note sous l'arrêt Cadot qu'Hauriou manifeste son aversion pour la théorie du contrat.

Des tentatives avaient été faites pour ramener la situation des fonctionnaires et employés à une situation contractuelle. Un certain nombre d'auteurs poussés par le souci d'établir des garanties contre les révocations arbitraires avaient défendu cette thèse (148).

Hauriou les combat avec fougue car selon lui la théorie de l'obligation contractuelle de l'Etat *est brutale*. « D'abord, elle restreint directement le droit de révocation de l'Etat par la perspective de dommages-intérêts; de plus, elle s'applique du coup aux fonctionnaires et employés de toute catégorie sans faire de distinction entre ceux pour lesquels le mode de recrutement est une garantie de dévouement à la chose publique et les autres. *Elle tendrait donc à désorganiser les services, tandis que la théorie de la possession de la fonction tend à les organiser progressivement* » (149).

(144) P. 407.

(145) Il ne faut pas oublier en effet que l'édition de 1892 insère la fonction publique dans le cadre de développements intitulés « Les droits de police ».

(146) Cette comparaison du fonctionnaire avec le précariste rappelle très exactement la comparaison entre le concessionnaire ou permissionnaire de voirie et les précaristes en droit romain. Tout ceci semble former un bloc intellectuel inséparable.

(147) P. 408.

(148) PERRIQUET, « Contrats de l'Etat », 2^e édition, n^{os} 473 et 909; GAUTIER, « Revue critique », 1882, p. 22; BREMOND, « Revue critique », 1891, p. 132.

(149) Notes d'arrêt, t. II, p. 433.

Ainsi donc, c'est au nom des droits de la puissance publique dans ce moyen fondamental de sa mission que constitue la fonction publique, que Maurice Hauriou s'oppose à la théorie contractuelle.

Toutes les éditions suivantes du Précis persistent dans cette direction. En cette matière, la onzième édition ne fait aucun apport nouveau.

Selon l'auteur, la théorie du contrat, théorie civiliste, est née de la tentation d'assimiler les fonctionnaires des administrations publiques aux employés des entreprises privées. Sans doute, cette théorie s'est-elle développée en deux branches :

- la théorie du contrat ordinaire;
- la théorie du contrat de service public.

En ses deux branches, elle serait également condamnable pour plusieurs raisons.

Les éléments de forme du contrat sont absents. Il n'y a pas échange de consentement avec détermination de l'objet.

Certes, les droits et obligations de l'administration et du fonctionnaire se trouvent insérés dans les lois et règlements. Mais ce serait un dangereux sophisme que d'affirmer que le prétendu contrat prendrait pour objet ces lois et règlements. Du moment que ces lois et règlements ne sont pas réunis en un cahier, formellement soumis à l'aspirant fonctionnaire, *il manque l'élément formel. Il n'y a pas davantage d'échange de consentement* car lorsque le fonctionnaire nommé accepte sa nomination, cela s'analyse en un acte d'adhésion à une réquisition et non en un échange de consentement contractuel. Ainsi qu'il le précise dans la deuxième édition des Principes de droit public (150) « la nomination du fonctionnaire est pour lui un fait juridique indépendant de sa volonté et se rattachant à l'institution administrative, seulement il y adhère ».

L'idée d'institution est à la fois la cause et la conséquence de l'hostilité d'Hauriou à la thèse contractuelle :

— *Cause, car il n'a jamais conçu les rapports du particulier avec la puissance publique sur une base égalitaire*, condition essentielle de la théorie du contrat. Mais en même temps, la puissance publique n'a pas dans sa conception tous les pouvoirs. Elle s'autolimite. Or, ce balancement est au cœur de la théorie de l'institution.

— *Conséquence*, car si les rapports du particulier avec la puissance publique ne sont pas des rapports contractuels, comment les qualifier ? La théorie de l'institution permet de sortir de l'embaras. « *En réalité, si la loi contractuelle existait, elle serait tellement dominée par les nécessités de l'institution du service public qu'elle serait complètement résorbée. Et c'est bien ce qui est arrivé* » (151).

D'une part, il n'est pas permis à un fonctionnaire appartenant aux cadres d'une administration régulière de se faire une situation à

(150) P. 137 et suiv.

(151) Précis de droit administratif, 11^e édition, p. 593.

part par des clauses particulières. Aucune dérogation n'est permise aux dispositions des lois et règlements.

D'autre part, la situation de carrière, telle qu'elle existait au moment de l'acceptation de la nomination ne peut rester immuable. Le fonctionnaire n'a aucun droit acquis contractuel au maintien des lois et règlements. Il est contraint de subir leur maintien comme leur modification (152).

Dans sa défense de la théorie de l'institution, Hauriou va d'ailleurs très loin. Non seulement l'institution tend à nier la théorie contractuelle du droit public, mais elle tend également à la nier en droit privé dans la mesure où la situation de l'employé privé se rapproche et tend à se rapprocher de celle du fonctionnaire. « Le besoin croissant de stabilité, les syndicats, les retraites, les assurances variées, le développement de la législation industrielle tendent à créer dans la vie privée des *institutions* et à rétrécir continuellement la vie du contrat » (153). Cette vue prophétique condamne donc la thèse de ceux qui veulent rapprocher le droit public du droit privé alors que le droit public lui-même tend à se « privatiser ». Et cette prophétie est d'autant plus remarquée qu'elle date non pas de 1927 (154) mais de 1911 (155).

Cette hostilité à la théorie du contrat s'explique ainsi par des raisons bien peu techniques. Elle doit être insérée dans la vision que l'auteur a de l'Etat.

Le rapprochement que la théorie contractuelle suppose entre les employés privés et les fonctionnaires est socialement faux (156). En effet, les salariés n'ont aucune participation à l'entreprise qui les emploie. « Au contraire, les fonctionnaires sont des organes et des participants de l'entreprise de l'administration publique. Dans la réalité des choses, l'administration et les fonctionnaires ne sont pas opposables, ils ne font qu'un » (157).

Pour cette raison, la grève des fonctionnaires ne présente aucun rapport avec les grèves ouvrières. Le droit de grève est toujours condamnable en ceci qu'il porte atteinte à la paix sociale, mais du moins « la grève ouvrière n'est pas la lutte intestine à l'intérieur d'une

(152) Hauriou reconnaît que l'administration emploie exceptionnellement le procédé du contrat pour le recrutement de certains agents et cela ne fait que mieux ressortir le caractère non contractuel de la situation des fonctionnaires (Précis, 11^e édition, p. 594). Cette hostilité au contrat de fonction publique rencontre celle de Duguit. Voir troisième partie, chapitre I, section II, paragraphe relatif à la fonction publique.

(153) Précis, 11^e édition, p. 596.

(154) 11^e édition.

(155) 7^e édition, pp. 617 et 618.

(156) Les arguments de science administrative et politique sont toujours intimement liés aux arguments juridiques. Sur ce point, deuxième partie, chapitre II.

(157) Précis, 11^e édition, p. 595. A vrai dire, on ne perçoit pas exactement la vérité de cette affirmation. Elle est tellement évidente aux yeux de l'auteur qu'il ne se donne pas la peine de la démontrer.

même institution, ce qu'est une grève des fonctionnaires » (158). Le Doyen Hauriou parle souvent de « ces tristes affaires de grèves ». Il pense que le lien entre la théorie du contrat et le droit de grève et d'association est remarquablement mis en lumière par un article de Jean Jaurès à « L'Humanité » du 16 mai 1904. « Le droit à la grève est inclus dans le contrat de travail, il y est implicitement reconnu. Le droit de grève, loin d'être la rupture du contrat, est l'exécution d'une des clauses implicites et essentielles du moderne contrat de travail ».

Cette double — et au fond identique — hostilité au contrat et à la lutte qu'impliquent droit de grève et droit syndical s'explique par le fait que dès qu'il y a contrat il y a deux parties relativement égales en présence avec des intérêts et des forces relativement égales. De même qu'elles peuvent contracter, elles peuvent aussi librement rompre le pacte. *Or, cette libre rupture est contraire aux intérêts de la puissance publique, c'est-à-dire en l'espèce à la continuité du service public et à la régularité du fonctionnement hiérarchique de l'administration.*

Cette double — et identique — hostilité est donc très logique. « La forme syndicale est par elle-même une organisation de lutte qui implique une attitude d'hostilité envers la hiérarchie... » (159).

Et plus loin, « La lutte des classes, le droit de grève, ce sont des appels au droit de justice privée... Cet appel à la justice privée a été toléré dans le monde parce que ce monde est encore à l'état de chaos; il ne saurait l'être dans le monde administratif qui est ordonné comme tout ce qui fait partie de l'Etat... » (même référence).

Quelle interprétation donner de ces dernières positions théoriques. Sont-elles d'un conservatisme dépassé ou au contraire très actuelles ?

La réponse est ambiguë comme la question elle-même. En un sens, ces propos ont une résonance profondément conservatrice qui ne peut que choquer un esprit contemporain habitué à une certaine société partiellement socialisée.

En un autre sens, il faut bien reconnaître que l'hostilité d'Hauriou au droit de grève et au droit syndical dans la fonction publique n'est pas purement politique. Elles est assez *technocratique*. C'est au nom de l'ordre, de l'ordre dans l'Etat — sans lequel aucune justice ne peut se réaliser — que l'auteur condamne la lutte intestine à l'intérieur de l'Etat.

Eternel problème ! Est-on socialiste et « de gauche » parce qu'on est sans cesse partisan de la contestation et de la remise en question ? (160). Est-on conservateur et « de droite » parce qu'on tente de défendre l'ordre nécessaire à la vie de toute société ?

La réponse est donc ambiguë et s'il faut absolument trouver une résonance conservatrice à la pensée administrative d'Hauriou, ce

(158) Précis, 11^e édition, p. 96.

(159) Note sous arrêt Boisson ; Notes d'arrêts III, p. 151.

(160) En quoi Hauriou aurait d'incontestables aspects d'homme de gauche. Conclusion paradoxale s'il en est !

n'est peut-être pas dans sa théorie de la fonction publique qu'il convient de la chercher (161).

CONCLUSION DU CHAPITRE II

Tous les chapitres étudiés malgré les apparentes différences de climat sont en fait rassemblés par quelques idées maîtresses communes, architecture dont la clef de voûte est *l'idée d'équilibre chère au théoricien de l'institution*.

Equilibre dans la théorie de la décision exécutoire, prérogative exorbitante qui engendre par elle-même un contentieux.

Equilibre dans cette oscillation permanente entre le service public et la puissance publique, notions toutes deux maîtresses et tour à tour dominées.

Equilibre dans une autre oscillation qui le mène de la théorie de la faute à celle du risque pour revenir ensuite à la faute.

Equilibre dans ses deux théories très voisines du domaine public et de la fonction publique caractérisées toutes deux par la commune analyse d'un statut réel administratif.

Tous ces équilibres se sous-tendent et constituent la caractéristique essentielle du contenu de la pensée administrative du Maître de Toulouse.

(161) Sur ce point, voir chapitre I, section II, § 3 de cette 1^{re} partie.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Ce thème des équilibres et des contrepoids déjà annoncé dans les thèmes spécifiques se retrouve donc dans les chapitres de la pensée administrative d'Hauriou.

Il convient cependant de faire une remarque fondamentale : Il faut bien s'entendre sur ce mot de contrepoids. Si l'on entend par système de contrepoids une horlogerie mécaniste et statique, on se condamne à ne rien comprendre à Hauriou qui insiste sans cesse sur la vie et le mouvement de la réalité sociale (son article aux Cahiers de la Nouvelle Journée s'intitule « Essai de vitalisme social ». Et ce n'est qu'un exemple). L'équilibre chez Hauriou est un peu l'équilibre du funambule qui se sert du balancier pour ne pas tomber mais qui en même temps *avance et avance sans cesse*. Le mot de contrepoids sera donc conservé en raison de sa clarté mais il ne faudra pas oublier qu'il recèle un mouvement caché : La dialectique de la puissance publique et de ses autolimitations objectives.

Nous allons tenter de démontrer les mécanismes de cet équilibre vivant dans la deuxième partie.

« L'écueil dans une théorie de l'Etat est de se laisser entraîner à une construction subjective dont les matériaux choisis d'une façon trop personnelle soient inutilisables pour les autres. Pour éviter cet écueil, il m'a paru qu'il convenait de s'attacher beaucoup moins à une théorie logique de l'Etat qu'à une synthèse pratique d'un certain nombre d'éléments dont chacun serait incontestablement constitutif de l'Etat » (1).

DEUXIEME PARTIE

LA DÉMARCHE INTELLECTUELLE DE LA PENSÉE ADMINISTRATIVE DE MAURICE HAURIOU

Une fois dégagés les thèmes et les chapitres majeurs, le commentateur croit avoir pénétré dans la pensée de l'auteur. Cette croyance n'est que partiellement fausse. En effet, la synthèse de ces thèmes et chapitres, leur place respective dans la pensée administrative du Doyen de Toulouse, leur évolution dans le temps, la façon dont ils se sont construits et achevés, tous ces éléments sont loin d'apparaître comme des matériaux bruts, grossiers et par là même inutiles. *Ils nous font pénétrer dans la maison dont on a pu saisir l'architecture. Mais sur quoi repose la maison ? Quelles sont les fondations ? Comment l'auteur procède-t-il pour parvenir à telle ou telle conclusion ? Y a-t-il des constantes ou, au contraire, les variations l'emportent-elles*

(1) Préface à la première édition de « Principes de droit public », p. VIII.

sur les constantes ? Certaines constantes prédominent. Pourquoi prédominent-elles ? Pourquoi l'auteur utilise-t-il telle technique ou tel ensemble de techniques plutôt que telle autre ?

C'est à ces questions souvent embarrassantes que nous allons tenter de répondre dans cette partie consacrée à la démarche intellectuelle de Maurice Hauriou dans sa contribution au droit administratif français. Et l'on s'apercevra que, de même que le contenu de sa pensée renvoyait à la notion d'équilibre, de même la compréhension intime de sa démarche intellectuelle ne peut s'opérer que si l'on remonte également à la notion d'équilibre.

Quelles sont donc les caractéristiques de cette démarche intellectuelle qui s'expliquent par l'équilibre ? Ces caractéristiques relèvent de son système général d'interprétation marqué en dépit des apparences par une profonde cohérence. Ici se posait d'ailleurs un problème : Pourquoi parler immédiatement d'interprétation ? La notion d'équilibre ne vaut-elle pas également pour l'observation et les méthodes d'observation qui précéderaient l'interprétation ?

En réalité, cette objection n'a pas de sens. Dans le cœur même de toute observation git, implicite et caché, un système d'interprétation. Tous les logiciens, tous les spécialistes des sciences humaines savent à quel point l'observation et l'interprétation sont indissociables. C'est ici l'occasion de transposer la formule de tous les temps : « Tu ne me chercherais pas si tu ne m'avais déjà trouvé ». La sociologie américaine qui se contente trop souvent d'aligner des kilomètres de fiches dans des kilomètres de fichiers vérifie cet adage par *a contrario*. Si elle fait peu de découvertes, c'est qu'au départ, au stade qualifié artificiellement de stade de l'observation, elle ne dispose pas d'un appareil conceptuel d'interprétation suffisant.

Autrement dit, l'observation de certains faits implique leur isolement préalable de certains autres et donc leur sélection au nom d'une hypothèse de travail implicite. Si bien qu'une interprétation est contenue dans toute observation et que toute observation ne prend à son tour de sens que dans le cadre d'un système d'interprétation plus large.

Ainsi observation et interprétation étant fondamentalement liées, c'est le système d'interprétation ainsi entendu tel qu'il est expliqué par l'idée d'équilibre qui nous intéressera dans nos développements.

Mais le système d'interprétation constitue un des grands ensembles caractéristiques de Maurice Hauriou. Il en existe un autre qui ne s'explique pas par la notion d'équilibre, qui ne s'explique d'ailleurs par rien car il est du domaine du génie : l'intuition de l'auteur constitue cet autre grand ensemble de caractéristiques.

Mais quelle est donc leur place respective dans la pensée de l'auteur ? Est-ce l'intuition qui l'emporte avec ses quelques incohérences échevelées ou est-ce le système d'interprétation marqué au contraire, en dépit des apparences, par une grande cohérence ?

Nous optons franchement pour la seconde hypothèse.

Si bien que deux axes fondamentaux de recherches semblent s'imposer ici :

- la caractéristique majeure : le système d'interprétation;
- la caractéristique mineure : l'intuition.

Il faut s'entendre immédiatement sur les qualificatifs de majeure et de mineure. La caractéristique dite mineure de l'intuition est une donnée très importante de l'œuvre, en particulier administrative, du Doyen Hauriou. Mais dans la combinaison incessante de l'intuition un peu fantasque et du système cohérent d'interprétation, c'est plutôt le système d'interprétation cohérent qui nous a paru prédominer dans son œuvre.

Il convenait alors de marquer fermement cette prédominance par les deux qualificatifs de mineur et majeur car il s'agit là d'un renversement assez net de l'interprétation antérieure des œuvres d'Hauriou. Les articles très différents de M. Waline en 1929, de M. Arrigui en 1954, de M. Rivero en 1956 et de M. Fournier en 1957 ont ceci de commun qu'ils mettent l'accent sur le côté intuitif d'Hauriou (2). C'est en effet une donnée très importante. Mais à force de le répéter, on fausse les perspectives et on n'insère pas à leur place les éléments de sa méthode. Or, ces éléments étaient fondamentaux aux yeux du Doyen de Toulouse qui ne doutait pas de leur cohérence.

De plus, le système d'interprétation semble plus important dans la compréhension de la pensée d'Hauriou dans la mesure où il renvoie de façon logique à sa conception du monde très pluraliste marquée par l'idée d'équilibre au service du bien, selon Hauriou, suprême, *de la paix sociale*. Or, *l'intuition ne renvoie pas à cette pénétration plus intime de la pensée de l'auteur* (voit ci-dessous chapitre II).

Enfin, une troisième raison tirée de l'intuition elle-même justifie notre position. On s'aperçoit que nombreuses sont les intuitions d'Hauriou qui se sont un jour vérifiées. Or, cette forte proportion ne peut s'expliquer que parce qu'elles sont adossées à une très grande culture et à une très grande compréhension des différentes civilisations, culture et compréhension, liées on le verra au système d'interprétation pluraliste. *Le succès des intuitions s'explique pour une part par la souplesse et la cohérente richesse du système d'interprétation.*

En effet, si les besoins de l'analyse ont fait distinguer interprétation et intuition, elles sont en fait toujours liées dans le mouvement du raisonnement. *Il est faux d'opposer la cohérence de l'une à la poésie un peu brouillonne de l'autre.* Système d'interprétation et intuition sont donc liés : Il n'en reste pas moins que l'analyse « qui tue ce sur quoi elle porte » (3) rend nécessaire la distinction du système d'interprétation (chapitre I) et de l'intuition (chapitre II).

(2) Exactement dans le même sens, voir F. GÉNY, « Science et Technique en droit privé positif » (pp. 87 à 110, chapitre III ; « La conception sociologique élargie de Maurice Hauriou » qui interprète de cette façon la pensée du Maître de Toulouse.

(3) Jean-Paul SARTRE, « L'être et le néant ».

Mais tous les développements d'Hauriou sont empreints d'un grand réalisme. Il entend adhérer au réel de façon très immédiate. L'instrument premier et privilégié de cette adhésion réside dans la sociologie, une sociologie peu scientifique, peu élaborée mais qui rend très vivants tous ses développements juridiques. Ainsi qu'on le verra tout au long de cette deuxième partie, « le droit pur » n'existe pas aux yeux d'Hauriou. De là sa prédilection pour la sociologie qui sera commentée *dans un chapitre préliminaire* et sommaire qui couvrira l'ensemble de cette partie (4).

(4) La sociologie concerne la démarche intellectuelle d'Hauriou dans sa totalité : système d'interprétation (chapitre I) et l'intuition (chapitre II). Sans doute constitue-t-elle une des disciplines dont l'ensemble forme le système d'interprétation. Elle aurait donc pu trouver sa place dans le chapitre I. Mais cette présentation eût constituée une erreur de perspective. Pour Hauriou la sociologie n'est pas une discipline comme les autres : elle est privilégiée. Il fallait donc lui donner une place privilégiée : toutes les analyses d'Hauriou sont imprégnées de sociologie ou tout au moins d'esprit sociologique.

« Un peu de sociologie éloigne du droit; beaucoup y ramène ».

(Maurice Hauriou in *« Les Facultés de droit et la Sociologie »*, Brochure Thorin et Fils, éditeurs, 1893).

CHAPITRE PRELIMINAIRE

LA PREDILECTION POUR LA SOCIOLOGIE

Toutes les analyses d'Hauriou sont imprégnées de sociologie politique et administrative en ce sens que notre auteur se refuse toujours à bâtir des théories abstraites : les moindres développements fourmillent d'observations sur la vie administrative quotidienne. Et ce n'était pas pour le Doyen Hauriou par une sorte de divertissement ou de volonté d'élégance : la science administrative conforte le raisonnement de la façon la plus décisive.

Or, au service de cette pénétration intime et de son réalisme, Hauriou utilise essentiellement la sociologie : sociologie politique qu'il ne distingue pas du droit constitutionnel entendu au sens très large (1) et sociologie administrative.

Que peut-on entendre par sociologie administrative ? S'agit-il de la science administrative au sens moderne du mot ? Et d'ailleurs quel est le sens moderne de ce mot ?

Ce mot renferme actuellement des contenus très divers.

(1) Le droit constitutionnel ainsi entendu colore l'ensemble des deux caractéristiques mineures et majeures mais nous avons préféré l'analyser dans le cadre du chapitre I, « Le système d'interprétation », où il trouve mieux sa place. Ce chapitre préliminaire étant essentiellement consacré à la sociologie administrative.

On en voit pour preuve les difficultés que connaît actuellement le comité d'auteurs qui doivent rédiger le prochain Traité collectif de science administrative. Les définitions de la science administrative sont aussi nombreuses que les contributions des auteurs.

On se contentera ici d'une définition approximative empruntée à M. Rivero : « on appelle science administrative l'étude des meilleures méthodes d'organisation et de gestion de l'administration » (2).

Dans la perspective de cette définition, Maurice Hauriou fut-il auteur de science administrative ? On répondra affirmativement si l'on songe à toute l'importance qu'il a accordée à la notion de « bonne administration ». On répondra négativement en se souvenant qu'il n'a jamais poussé l'analyse dans le sens de la pénétration des techniques d'organisation et de gestion de l'administration. Hauriou est d'ailleurs ici excusable puisque de son temps n'existait pas tout l'appareil technique des méthodes de la science politique, seul susceptible de faire progresser la connaissance en ce domaine.

On peut encore entendre science administrative par étude du personnel de l'administration, de ses origines sociales, de ses idées politiques, de son style de vie, de son niveau culturel, etc...

Dans le cadre de cette nouvelle définition, Hauriou ne peut pas plus être considéré comme un auteur de science administrative : il ne s'est jamais préoccupé de ce type de problèmes.

Par contre, il y a dans son œuvre la volonté toujours réaffirmée d'étudier l'administration dans son fonctionnement réel, complexe et vivant. Il n'étudie pas les problèmes administratifs dans la perspective purement formelle des actes et du contentieux. D'ailleurs, même lorsqu'il analyse les actes et leur contentieux, il détermine la vie de chacune des institutions, ses rapports concrets avec l'administré, l'idée que celui-ci peut s'en faire (qui ne correspond pas toujours aux définitions des juristes, ce qui condamne d'ailleurs le plus souvent l'obscurité desdites définitions).

Peut-on parler ici de science administrative ? On adoptera cette expression faute d'en trouver une meilleure en considérant qu'elle correspond dans l'œuvre d'Hauriou à une analyse réaliste de l'administration. De même on pourra parler de sociologie administrative dans la même acception.

On distinguera quelques cas d'utilisation de la science ou sociologie administrative (A) des fondements de cette utilisation aux yeux d'Hauriou (B).

A. — *Quelques cas révélateurs d'utilisation de la science administrative.*

Il est bien évident que toute l'œuvre pourrait être citée ici. Seuls quelques exemples topiques seront ici cités et très briève-

(2) Précis, 1960, p. 15.

ment exposés. Mais tous les exemples (ou presque) tirés des chapitres I et II qui vont suivre (interprétation cohérente et intuition) pourraient trouver ici leur place.

On distinguera ici la tutelle (a), la décision exécutoire (b), la responsabilité (c), la fonction publique (d).

a) *La tutelle.*

Maurice Hauriou en 1892 partisan de la décentralisation est devenu, on l'a vu, de plus en plus centralisateur (3). Dans cette perspective, il approuvera une certaine souplesse dans la tutelle. Au départ, la tutelle concernait les décisions elles-mêmes des collectivités locales ainsi que leur exécution. Dans un second temps, Hauriou décèle que la tutelle concerne de plus en plus seulement les mesures d'exécution. Le recul dans « la ligne de défense de la tutelle » est considéré comme très satisfaisant par le Doyen de Toulouse. Pour quelles raisons fondamentales ? Pour des raisons de sociologie administrative.

Ainsi qu'il le dit lui-même dans sa note sous un arrêt de la Chambre de commerce de Rennes (4), « le procédé est très supérieur, il correspond à des observations psychologiques très fines. D'une part, bien souvent, il suffit aux administrations de centraliser, de constater pour leur propre satisfaction qu'elles ont pu décider toutes seules le principe d'une opération, la création d'une entreprise. Souvent même elles ne passeront pas à l'exécution. D'autre part, si elles passent à l'exécution et si elles sont obligées de demander le concours juridique du pouvoir central, la servitude que comporte cette obligation sera marquée presque toujours par une aide positive que leur apportera l'administration centrale, par exemple par une subvention pécuniaire ».

Ici, on l'aperçoit facilement, Maurice Hauriou s'identifie à l'administrateur qui, dans son activité quotidienne, fait effectivement des raisonnements machiavéliques ou machiavéliens de ce type : il escompte que certaines décisions des collectivités locales, peut-être prises dans un souci de démagogie électorale, ne seront jamais suivies d'exécution, les électeurs ayant été frappés par le principe de la décision entouré d'un maximum de publicité. Mais si par extraordinaire, la collectivité décentralisée, pressée par ses électeurs ou tout simplement par l'intérêt général, décidait de passer à l'exécution, elle devra demander un certain concours au pouvoir central, en particulier un concours financier. Or, le concours financier, selon le raisonnement de notre administrateur, qu'a deviné Hauriou, ne sera octroyé qu'à la condition d'un contrôle du pouvoir central assez étroit dans l'exécution. *Hauriou posait pas là tout le problème moderne de la décentralisation qui ne se pose plus tellement au niveau du contrôle juridique du pouvoir central que celui-ci tient des textes, qu'à celui*

(3) 1^{re} partie, chapitre I, section II, § 2.

(4) C.E. 20 novembre 1908, S. 1910, III, p. 12, notes d'arrêts II, p. 277. Cependant en 1919, il prône une certaine centralisation au nom d'une nouvelle démocratie.

de la puissance financière du pouvoir central qui lui permet toutes les pressions. Par là, cet exemple qui trouve logiquement sa place mériterait d'être également inséré dans le chapitre II relatif à l'intuition. On sait bien aujourd'hui que la tutelle actuelle la plus efficace s'exerce par des moyens financiers.

De même, Maurice Hauriou a une conception très vivante de la position des administrés locaux vis-à-vis du pouvoir central. C'est ainsi que dans toutes ses notes d'arrêts relatives à la tutelle après la guerre de 1914, notre auteur fait remarquer qu'une certaine mesquinerie administrative centrale n'est plus de mise alors que l'Etat pendant les quatre années de guerre a sans cesse fait appel aux citoyens, les a habitués à une participation nationale étroite et dès lors doit prendre garde que les esprits qu'il a contribué à éveiller ne réagissent pas trop brutalement contre une certaine mesquinerie des féodalités administratives (toutes notes relatives à la tutelle).

b) *La théorie de la décision exécutoire.*

Voilà une matière dont on peut s'étonner *a priori* qu'elle puisse être aidée par la science administrative. Les problèmes de la décision préalable et de la liaison du contentieux apparaissent rétifs à cette utilisation. D'ailleurs les deux auteurs modernes qui traitent de « la décision exécutoire » semblent la traiter sous un angle exclusivement juridique (5).

Or, il suffit de lire les premiers développements consacrés à ce concept dans la onzième édition du Précis de Droit administratif (p. 355) pour se rendre compte que la *première raison* que l'auteur nous donne de cette opération juridique est une « raison de bonne administration ». Le Doyen Hauriou remarque qu'en affirmant le droit qu'elle a de passer à l'exécution de ses décisions en laissant éventuellement un certain temps se passer avant d'exécuter, l'administration agit sagement. « Il est bon pour l'administration elle-même de réfléchir avant d'agir, d'établir à l'avance des programmes d'action et surtout d'isoler et de condenser dans un acte déterminé la question de droit soulevée par l'opération projetée » (11^e édition, p. 355). L'avantage, selon le Doyen Hauriou, est double : d'une part, les éléments importants seront mieux étudiés, d'autre part la décision pourra être prise par une autorité plus relevée possédant plus de compétence technique que n'en ont les agents d'exécution.

Cette « première raison » à la décision exécutoire est nettement tirée de la science administrative.

c) *La théorie de la responsabilité.*

Dans le cadre de cette théorie, c'est dans plusieurs domaines que la science administrative enrichit les développements. On sera ici très rapide et on se contentera d'évoquer les questions exposées par ailleurs de façon plus complète.

(5) MM. les Professeurs Rivero et Vedel. Sur ce point, voir 3^e partie.

1) *La théorie du risque* : Hauriou fonde la nécessité d'une théorie du risque sur l'idée purement sociologique de grande entreprise. C'est parce que la théorie de la faute adaptée à la petite entreprise du *pater familias* romain qui pouvait surveiller sa propre organisation en raison de son exiguité ne l'est plus à la grande entreprise où personne ne peut plus surveiller personne que Maurice Hauriou fut un instant un défenseur de la théorie du risque. *Le fondement de cette théorie reposait sur l'idée de grand complexe de production, notion sociologique s'il en est* (6).

Il faut ajouter que si Hauriou a, par la suite, abandonné la théorie du risque, c'est également au nom de la bonne administration : si personne n'est plus responsable, personne ne se sent plus concerné par le service et le désordre administratif commence.

Dans ce sens, on peut signaler une note sous l'affaire Syndicat des agents généraux d'assurances (C.E. 21 janvier 1921 S. 1921 III p. 33 notes d'arrêts I p. 174). Le Doyen Hauriou remarque que le Conseil d'administration de la Caisse était composé exclusivement de hauts fonctionnaires et de représentants élus du département en exerçant des fonctions gratuites mais sans aucune responsabilité personnelle, les maires servant seulement d'intermédiaires entre la Caisse et les administrés. « Pas de responsabilité dans le Conseil d'administration et pas d'intérêt personnel chez les agents sans compter que les maires et leurs secrétaires déjà surchargés de besogne n'auraient sans doute pas mis beaucoup de zèle à s'acquitter de leur tâche. Voilà une organisation qui promettait de bien mal marcher ». Donc et de la façon la plus nette, sont liées l'idée de responsabilité personnelle et l'idée de bonne administration.

Enfin, même lorsqu'il est revenu à la théorie de la faute, il a reconnu que la théorie du risque était encore utile dans certains cas précis. C'est ainsi que dans sa note sous l'arrêt Regnault-Desroziers (28 mars 1919 S. 1918-19 III p. 25 notes d'arrêts I p. 686), *il reconnaît le maintien de la théorie dans le cas de l'espèce et cette théorie du risque, dans ce cas là, ne lui paraît possible que parce que la France a été victorieuse*. « Il est superflu d'ajouter que si la France avait été vaincue, ou si simplement la paix avait été blanche et sans victoire, jamais l'Etat français n'eût pu assumer la charge de tout payer. Ici l'assurance totale du risque dépasse visiblement les forces de l'entreprise. On est à la limite du possible ». Pour Hauriou *c'est parce que l'ennemi allait payer que la théorie du risque était possible dans ce genre de cas (il étend la théorie pour risques exceptionnels aux lois générales de dommages de guerre)*. Un autre problème est celui de savoir si le slogan et la politique de « L'Allemagne paiera ! » étaient eux-mêmes réalistes. Voilà un bel exemple de réalisme administratif et politique. La théorie de la responsabilité est donc sans cesse imprégnée de science administrative.

(6) Voir sur ce point les développements de la première partie, chapitre II, section III.

Le phénomène est d'autant moins étonnant que le principe qui la fonde est celui de la gestion. La gestion administrative qui est la source, selon Hauriou, du contentieux de pleine juridiction est une théorie où la science administrative joue un grand rôle puisqu'elle est fondée sur l'idée de collaboration entre les administrés et l'administration qui fait de ces deux habituels étrangers deux alliés, deux égaux qui peuvent dès lors devenir dans le cadre d'une instance judiciaire deux parties en cause.

d) *La science administrative enrichit également et même fonde sa théorie de la fonction publique.* On sait que sa théorie de la fonction publique a pour fondement une hostilité aux thèses contractuelles (7). Or, l'hostilité aux thèses contractuelles repose elle-même sur l'idée que le contrat qui suppose deux parties en cause qui, s'entendant, suppose en même temps deux parties égales qui un jour peuvent cesser de s'entendre et créer des conflits internes. L'idée de conflit interne au sein de l'administration explique donc l'hostilité aux thèses contractuelles et la thèse médiane d'Hauriou (8).

Ici encore il s'agissait d'un simple rappel mais d'un rappel indispensable pour révéler la coloration de science administrative dans presque toutes les matières du droit administratif.

B. — Fondement de l'utilisation de la science administrative.

Dans quelles perspectives la science administrative est-elle utilisée ? Essentiellement dans des perspectives de souplesse.

Il n'y a pas homme qui se soit plus défié des théories abstraites que Maurice Hauriou. Ainsi qu'il le dit lui-même : « il ne faut pas être esclave des formules surtout quand on les a posées soi-même » (9). Toutes ses analyses sont marquées par l'idée que leur auteur se fait de leur utilisation.

La science administrative, c'est-à-dire *ici* une vision très réaliste et psychologique du droit colore en fait tous les développements de notre auteur. Liée à la souplesse de ses théories, à sa conception fonctionnelle du droit, ses notions de bonne administration, de bonne politique jurisprudentielle enrichissent constamment l'analyse (10). Il serait vain de chercher à isoler la science administrative comme méthode autonome. Dans la mesure où Hauriou méprisait la pure logique formelle et pensait que le droit est reflet de la vie, on comprendra facilement que l'approche de la « science administrative »

(7) Voir sur ce point, première partie, chapitre II, section V.

(8) Première partie, chapitre II, section V.

(9) Note sous l'arrêt Mure, C.E. 7 février 1913, S. 1913, III, p. 81, notes d'arrêts III, p. 281.

(10) Ce problème est seulement évoqué ici. Il sera développé de façon plus complète dans la section III, du chapitre I, de cette partie.

soit fondue dans tous ses développements ainsi que la première partie le laissait pressentir et la deuxième partie tentera de le confirmer. Ce n'est que dans un souci pédagogique qu'on en a marqué ici la prééminence.

Hauriou est un auteur « réaliste » qui entend adhérer au réel. Le moyen fondamental de ce réalisme réside dans la sociologie qu'il applique à toutes les disciplines juridiques et en particulier ici au droit administratif.

On tentera de vérifier l'exactitude de cette remarque tout au long des développements de nos deux chapitres :

- Chapitre I : *Le système cohérent d'interprétation* (la caractéristique majeure).
- Chapitre II : *L'intuition* (la caractéristique mineure).

« Si je n'avais écouté que la tradition classique, j'aurais placé la constitution sociale avant la constitution politique et cela pour deux raisons : d'abord la constitution sociale est le fondement de la vie privée, laquelle passe avant la vie publique, de même que le droit privé passe avant le droit public; ensuite, il est entendu que la constitution politique est pour la garantie des libertés individuelles, c'est-à-dire de la constitution sociale. Je n'ai pas cédé à cette tentation parce que je n'ai pas cru les esprits assez préparés à cette nouveauté ».

CHAPITRE PREMIER

LE SYSTEME D'INTERPRETATION

Dans l'avertissement à la deuxième édition de son Précis de droit constitutionnel, Maurice Hauriou présente ainsi sa conception des rapports entre les divers droits publics et privés en quelques lignes d'une densité singulière.

Plusieurs remarques s'imposent, s'enchaînant d'ailleurs les unes aux autres :

- 1) la vie privée passe avant la vie publique;
- 2) corrélativement, le droit privé passe avant le droit public;
- 3) la constitution sociale est le fondement de la vie privée et donc du droit privé;
- 4) la constitution politique est un instrument au service de la constitution sociale, c'est-à-dire des libertés individuelles de la vie privée et du droit privé;

5) enfin, il dit en même temps, sans avoir l'impression de se contredire, qu'il s'agit là de la tradition classique donc *ancienne* et que la France n'est pas préparée à cette *nouveauté*. En effet, pour lui, la vraie nouveauté, c'est celle qui s'appuie sur le passé dans sa permanence et sa solidité. *La tradition d'une théorie est gage de sa vérité future*. Sans doute, toutes ces remarques seront-elles longuement développées dans le cœur du chapitre, mais il convenait de les faire apparaître en bloc afin de révéler au lecteur leurs liaisons réciproques.

On constate donc immédiatement deux grands axes de références :

— la vie privée, donc le droit public, base de toute société, enraciné dans l'histoire;

— la vie publique et le droit public, instruments de la vie privée.

Quelle est la conception globale qui permet d'expliquer ces deux grands axes ?

« Nous n'avons pas à chercher comment dans les atomes matériels se détermine la pesanteur; pour les hommes, nous savons que ce qui leur donne du poids, c'est la nécessité du travail pour la satisfaction des besoins en même temps que l'attraction des biens et des situations établies » (1).

La vie civile, c'est donc la nécessité du travail régulier et la constitution des premiers biens. Elle est essentiellement constituée par la vie de famille combinée avec la pratique de la propriété privée. Elle repose donc sur les deux institutions fondamentales de la famille et de la propriété « mais il faut bien se rendre compte qu'elle y repose de façon pratique » (p. 305). Il faut avoir effectivement un père, une famille, un état civil et c'est pourquoi, selon le Doyen Hauriou, les patriciens ayant une filiation furent les seuls dans la cité. Il faut également pouvoir fonder une famille et pour cela avoir le *conubium* avec les autres membres de la cité; enfin, il faut avoir une propriété et tirer ses ressources du faire-valoir et du commerce de sa propriété.

Or, ces éléments de la vie civile ont été analysés par le droit romain et c'est encore « cette source que nous pouvons interroger avec le plus de sûreté parce qu'elle implique une longue expérience du régime de la cité » (p. 306).

Conubium et *commercium* forment à Rome la base de la vie civile. Le régime civil lui-même est fondé sur une certaine union de l'institution politique et du commerce juridique, c'est-à-dire de l'institution politique et de la vie civile.

Précisons ces notions *a priori* obscures. Le régime civil ne se confond pas avec le commerce proprement dit. C'est essentiellement la jouissance de la richesse acquise. Dans une certaine mesure, *le régime civil est donc une vie de loisir dans laquelle grâce à l'avance et à la sécurité que procure cette propriété acquise, l'homme qui n'est plus talonné par les besoins économiques peut songer à autre chose*

(1) Principes de droit public, 1^{re} édition, p. 304.

qu'à ces nécessités quotidiennes, peut s'adonner à des occupations intellectuelles, réfléchir à l'intérêt général et devenir un citoyen. « Or, il n'y a pas d'exagération à dire que c'est pour assurer sa réalisation (celle du régime civil) que toute la machine de l'Etat est construite » (*opus cité*, p. 308).

Ainsi le système juridique a pour centre le droit civil qui est le droit des relations de la vie civile ou du régime civil et aussi le droit de la famille et de la propriété. Les lois civiles ont une importance pratique plus considérable que celle des autres lois; elles sont d'ailleurs les plus anciennes ou tout au moins leurs principes dérivent de dispositions contenues dans les codes les plus anciens (2). De plus, dans le développement du système juridique, le droit public et administratif se sont constitués tardivement en se séparant de la masse primitive où dominait le droit civil. Enfin, le droit commun reste le droit privé. Les rapports entre ce droit commun et les autres formes du droit sont ceux qui existent entre une règle et les exceptions à cette règle.

Ici, il convient de nuancer. Pour Hauriou, exceptionnel peut s'entendre de deux manières différentes :

- subordination,
- autonomie.

Le droit commercial est subordonné au droit civil en ce qu'en cas de lacunes, le juge doit appliquer les règles positives du droit civil, c'est-à-dire du droit commun. Le droit administratif est exceptionnel en ceci seulement qu'il est autonome. En aucun cas, malgré ses lacunes, il ne souffre l'application des règles positives tirées du droit civil (3). Peut-être à la rigueur s'inspirera-t-il des principes de justice qui sont à la base de ces règles. Le caractère exceptionnel du droit administratif concerne la sphère d'application à l'intérieur de laquelle il est autonome.

La prépondérance du droit civil dans le système juridique est une bonne preuve de l'importance du régime civil dans l'Etat. *Mais il convient de préciser que si la vie civile doit prévaloir sur la vie publique, cette prédominance n'empêche pas la vie publique d'exister et d'avoir une importance certaine.* « ...Le régime civil n'est pas enfermé dans la vie privée, il comprend aussi la vie publique et une certaine coordination de l'une à l'autre » (4).

Dans un premier temps, celui des institutions patrimoniales qui ont précédé l'Etat, la vie civile ne pouvait être distinguée de la vie publique.

(2) Hauriou cite le code d'Hammourabi, les lois de Manon, les codes sacrés des Hébreux, les douze Tables, le Coran.

(3) Hauriou se contredit visiblement; nous avons en effet décelé dans son œuvre es cas d'utilisation directe, sans modification, de règles privatistes. Voir 2^e partie, chapitre I, section I.

(4) Principes de droit public, 1910, p. 317.

Dans un deuxième temps, c'est le propre du régime d'Etat que de les avoir distinguées. *Cependant, distinctes ou confondues, c'est toujours, selon le Doyen Hauriou, dans la vie privée que la vie publique a pris sa source logique.*

Mais dans l'histoire des institutions primitives, quoique la vie publique s'expliquât par la vie privée, « la discipline sociale a été la plus forte et le droit individualiste ne réalise qu'un contrepoids » (5). Le renversement s'opère avec le régime d'Etat : la vie publique prend toujours sa source dans la vie privée mais le droit individualiste se développe hardiment et devient à son tour plus important que le droit social.

Comment donc s'est opéré ce renversement et à la suite de quoi ? « Le régime d'Etat lui-même est apparu avec le commerce des échanges, n'a pu se constituer que lorsque la société a été suffisamment pénétrée des relations du commerce juridique... » (6).

C'est ce qui explique le lien fondamental qui rattache l'économie politique au droit civil. Ce lien réside dans la notion de valeur connue comme une virtualité pour la satisfaction des besoins sur laquelle se construit, en économie politique, le mécanisme de l'échange et en droit toute la théorie de la propriété et du droit subjectif, c'est-à-dire toutes les relations du commerce juridique.

C'est donc l'économie politique et le développement des échanges qui expliquent la naissance du régime d'Etat individualiste marqué par la prédominance du droit privé.

Toutes ces analyses du Doyen Hauriou n'ont jamais été transformées. Autant sur bien des points sa pensée se présente-t-elle de façon très évolutive, autant sur ce problème la ligne que dégage le commentateur est d'une singulière fixité. C'est ainsi qu'en 1928, peu de temps avant sa disparition, dans un manuscrit resté inédit, Hauriou a éprouvé le besoin de rédiger une « Critique des principes de droit public » (7), puisque, ainsi qu'il l'écrivait avec mélancolie : « Au siècle de Louis XIV, Corneille, Racine, Molière faisaient eux-mêmes la critique de leurs œuvres. Personne ne connaît mieux que l'auteur les intentions de son ouvrage et personne, hélas, ne sait mieux que lui combien ses intentions ont été trahies dans l'exécution » (manuscrit précité).

Dans cette critique, Hauriou modifie son opinion sur quelques points importants de cet ouvrage. Mais il ne revient pas sur cette idée fondamentale que « le régime d'Etat a un but concret qui est la projection du régime civil, la liberté politique n'étant que la garantie de la liberté civile ». *C'était encore subordonner le droit public au droit privé.* Mais ce faisant, il a conscience de ne pas faire de droit naturel mais de faire dériver de l'observation réaliste des faits toute sa construction.

(5) Principes de droit public, 1910, p. 52.

(6) Principes de droit public, p. 677.

(7) Manuscrit inédit en la possession du Professeur André Hauriou.

La permanence de celle-ci étant établie, logiquement le droit administratif, branche jeune du droit public, ne peut donc manquer d'être affecté par cette conception globale. L'utilisation constante du droit privé et de l'histoire mérite donc d'être analysée en premier lieu (section I). L'utilisation fréquente du droit constitutionnel et de la science politique sera exposée dans une section II, étant entendu que le droit constitutionnel ne s'oppose pas au droit privé puisque celui-ci en est la source et celui-là l'instrument. Une section III permettra d'expliquer les techniques d'utilisation de ces disciplines au service de l'hypothèse suprême qui constitue la clef de l'œuvre de Maurice Hauriou : la notion d'équilibre.

SECTION I

LE DROIT PRIVE ET L'HISTOIRE DU DROIT

Histoire du droit et droit privé sont le plus souvent liés l'un à l'autre dans les analyses de droit administratif de Maurice Hauriou. Ce n'est pas un hasard. Volontairement Maurice Hauriou les combine car il estime que la vie privée et le droit privé s'enracinent dans l'histoire; ils sont donc intellectuellement liés mais il n'en reste pas moins que dans l'utilisation pratique qui en est faite, on peut les distinguer.

On a volontairement limité ces développements au droit privé et à l'histoire du droit en excluant certains types de droit très particuliers. Ainsi, par exemple, du droit canon ou du droit féodal qui ont pu quelquefois être évoqués par le Doyen Hauriou mais qui n'ont pas manifestement joué un grand rôle dans l'élaboration du droit administratif français. Il n'y aura donc pas de paragraphe intitulé « De l'influence du droit canon sur le droit administratif » dont la seule évocation fait d'ailleurs songer à une boutade ! Il n'en reste pas moins que le Doyen Hauriou connaissait parfaitement les diverses disciplines juridiques et l'exemple qu'on va en donner est révélateur de sa très grande culture; c'est dans une note sous l'arrêt Elections de Pluguffan que Maurice Hauriou se révèle canoniste compétent (8). Le juge du contentieux d'une élection pouvait-il ordonner une enquête sur des confidences échangées au confessionnal alors que ces confidences avaient pu constituer des faits de pression ?

Il s'agissait, dans cette affaire, du secret de la confession *tel qu'il existe du côté du pénitent* car l'enquête ordonnée pouvait être concluante avec les seules dépositions des pénitents. Hauriou commence par citer le passage de la *Théologia moralis* du « bienheureux Alphonse de Liguri, docteur d'opinion moyenne dont les décisions peuvent être suivies en toute sûreté » (note précitée). Il le cite longuement

(8) Elections de Pluguffan, C.E. 12 mai 1893, S. 1895, III, p. 17, notes d'arrêts I, p. 267.

(longue citation latine) et considère qu'il résulte de ce texte que les pénitents ne sont pas tenus au secret spécial de la confession. Ils seraient seulement tenus du secret naturel pour les choses qui le comportent et notamment si la divulgation des propos tenus par le confesseur était de nature à entraîner quelque dommage pour lui. Pour conforter cette position, Hauriou s'aide d'une bulle de Grégoire XV de l'année 1622.

Hauriou renverse pourtant sa position finale en considérant que sans doute le droit canonique autorise pareille divulgation mais « *dans ces matières qui touchent aux croyances et à la conscience autre chose est la vérité juridique, autre chose l'opportunité et la convenance administrative* » (note précitée). En effet, pour lui, la croyance vulgaire qui enveloppe le confessionnal d'un mystère absolu, aussi bien du côté du confesseur que du côté du pénitent, doit être respectée.

On a donné cet exemple pour révéler la grande culture juridique en tous genres du Doyen Hauriou. Elle ne se manifeste cependant pas essentiellement dans l'utilisation du droit canon.

Le droit privé et l'histoire du droit constituent les deux techniques fréquemment utilisées.

A cette double utilisation correspondront les deux sous-sections : sous-section I : Le droit privé ; sous-section II : L'histoire du droit.

SOUS-SECTION I

LE DROIT PRIVÉ

Le droit privé lui paraît colorer naturellement — c'est-à-dire selon la nature des choses — le droit administratif (§ 1). Mais son utilisation sera différente selon que l'auteur le transposera directement en droit administratif (§ 2) ou lui fera subir quelques transformations (§ 3).

PARAGRAPHE I

L'approche privatiste du droit administratif.

Pour le Doyen Hauriou, il y a deux approches possibles dans les choses du droit :

— ou bien on considère les faits juridiques comme le résultat de forces dans lesquelles n'agit aucune volonté et derrière lesquelles ne se cache aucune personnalité responsable ; ainsi par exemple sont envisagées en droit constitutionnel les relations des pouvoirs publics ;

— ou bien on peut regarder les actes juridiques comme exercices de volontés conscientes relevant de personnalités responsables ; ainsi

sont envisagées en droit civil ou en droit commercial les relations entre particuliers.

La seconde des méthodes est subjective, la première est objective.

La question est de savoir laquelle de ces approches est applicable au droit administratif.

Pour le déterminer, il convient d'examiner en quoi le droit privé est caractérisé par la conception de la personnalité responsable. Le droit privé est essentiellement celui du « commerce des échanges... les questions d'argent ayant pris une importance de plus en plus grande même dans les relations de famille, au détriment du pouvoir pur » (9).

Or le commerce des échanges ou commerce pécuniaire suppose, en effet, nécessairement des personnes responsables et des patrimoines, par conséquent toute la technique de l'approche subjective. « Le commerce des échanges repose sur un certain nombre de postulats : l'appréciation de la valeur pécuniaire des choses échangées, la garantie de validité des prestations fournies, le principe de la compensation pécuniaire pour tout dommage causé » (Référence précédente) (10).

Or, inévitablement, chacun de ces postulats implique à son tour la personnalité subjective des agents et l'existence de leur patrimoine.

L'appréciation pécuniaire des choses échangées, c'est-à-dire l'appréciation de leur valeur économique est essentiellement subjective. « Chacun pèse et juge avec ses désirs, ses passions, ses appétits, son esprit de spéculation... » (11) (référence précitée).

L'obligation de garantie se ramène à une dette d'argent. Or, qui dit dette dit auteur de la dette.

(9) Précis de droit administratif, 3^e édition, p. XXIV.

(10) Il faut préciser que la notion de commerce juridique qui est une des clefs du raisonnement est fortement liée à la théorie de l'institution qu'il n'est pas étonnant de retrouver à la source d'une des thèses fondamentales d'Hauriou (compte tenu du grand souci de cohérence de l'auteur). Selon l'éminent Doyen :

1^o Le commerce juridique est extérieur aux institutions mais il pénètre dans les institutions :

— d'abord, la plupart des institutions de la catégorie des choses sont des objets des transactions du commerce ;

— ensuite, il conditionne l'activité des institutions les plus administratives : ainsi de l'exécution des services publics qui s'obtient par des échanges de services.

2^o S'il est extérieur aux institutions, il a cependant besoin d'elles :

— d'abord parce qu'il a besoin des lois et règlements et qu'il les demande aux institutions politiques ;

— ensuite parce qu'il a besoin d'institutions spéciales telles que la propriété des banques, les Chambres de commerce, etc... Comme plusieurs sont administratives, il se trouve rattaché à cette institution des institutions qu'est l'Etat (sur tous ces points, voir la théorie de l'institution, références en première partie, chapitre I, section D).

On constate ici sur le vif la grande cohérence et la grande élégance des constructions d'Hauriou qui lui font rattacher un très grand nombre de problèmes à l'hypothèse qu'il juge manifestement fondamentale : l'institution.

(11) C'est donc jusque dans le cadre d'une analyse de droit privé que le grand Doyen utilise la psychologie.

Le principe des compensations pécuniaires pour les dommages suppose le mécanisme des patrimoines.

Hors du droit privé, en droit constitutionnel par exemple, il existe bien une théorie de la responsabilité pécuniaire des ministres, mais elle n'a jamais fonctionné parce qu'il existe une trop grande disproportion entre la faute politique commise et le caractère dérisoire des misérables patrimoines privés. *Il en est résulté qu'en droit constitutionnel, on n'a pas eu besoin de la construction subjective.*

Si donc il existe un pôle positif et un pôle négatif, si les attractions se partagent entre la conception objective du droit constitutionnel et les pesées subjectives du commerce privé, à quelle attraction va obéir le droit administratif ? Sans doute peut-on répondre qu'il est d'une nature mixte à la fois privatiste et publiciste. Mais ce faisant on aura une fois de plus remarqué qu'Hauriou est l'auteur de thèses équilibrées, constatation qu'il convient d'approfondir. En fait, dans les équilibres constants qu'il décèle dans la réalité sociale et, en l'occurrence, administrative, il s'agit de savoir, dans cette nature mixte, qui l'emporte ?

La réponse du Maître de Toulouse est sans équivoque. « Je ne crois pas commettre une erreur d'observation en estimant que le droit administratif actuel est orienté vers la gestion des services publics (12) et la satisfaction des besoins des administrés plutôt que vers l'exercice de la police pure, qu'il admet de plus en plus largement les indemnités pécuniaires pour les dommages causés et la rémunération en argent des services rendus, *que par suite des régions du pouvoir pur et de la politique où il a pris naissance, il est entré dans celle des besoins et du commerce des échanges* » (13).

Ainsi donc, la technique juridique subjective doit-elle être introduite dans le droit administratif et même doit-elle prédominer. Doit-elle cependant tout envahir et, dans la négative, comment la limiter ?

Elle ne peut tout envahir car il existe une zone de police de pouvoir pur, de puissance publique irresponsable et, par conséquent, de droit objectif.

Comment dès lors agencer ces deux provinces inégales ?

Il n'est pas question de les juxtaposer ou de les ramener à de fausses unités; si une synthèse s'avère indispensable, la théorie de l'acte d'administration peut en fournir la base.

« Il faut distinguer la jouissance des droits et prérogatives et leur exercice » (14). Pour ce qui est de la jouissance, il est possible d'inté-

(12) Au temps où il écrivait ces lignes, il se situait dans le troisième temps dégagé dans la première partie, chapitre II, section II (nouvelle défense du service public).

(13) Précis de droit administratif, 4^e édition 1903, p. XXVII.

(14) Précis de droit administratif, 4^e édition, p. XXVII. Jouissance et exercice des droits est une très vieille distinction qui appartient au droit privé et au droit romain. Ainsi dans sa démonstration de la nécessaire prédominance du droit privé, il utilise de pures notions de droit privé. Ainsi se manifeste une sorte de circuit fermé à propos duquel un esprit critique pourrait constater qu'il résout la question par la question.

grer les pouvoirs de police dans la construction subjective et de reconnaître que l'Etat et autres personnes administratives ont le droit de disposer de la force publique, de faire des règlements, de délivrer des certificats, etc. L'exercice des droits semble relever nécessairement du droit subjectif. *Mais ici le Doyen Hauriou ne devient plus très clair.* Il avait annoncé que jouissance et exercice constituaient la clef des deux provinces. Or on s'aperçoit déjà que le droit subjectif concerne également jouissance et exercice des droits, ce qui dément la proposition initiale. De plus, et plus gravement, il semble substituer à la distinction jouissance-exercice, la distinction actes d'autorité-actes de gestion.

— Les actes d'autorité resteront sous l'empire du droit objectif.

— Les actes de gestion publique accomplis par la personne administrative en vue de l'exécution des services publics relèvent du droit subjectif.

Mais ainsi qu'on l'a déjà vu (15), Hauriou a été dans l'incapacité de fournir un critère sûr de distinction de ces deux types d'actes, puisqu'il a multiplié les définitions dans un court laps de temps sans parvenir à une notion cohérente (16). Ce n'est que lorsqu'il a réussi à fortement diminuer la portée de la distinction autorité-gestion qu'il nous a proposé un critère plus clair de délimitation du droit objectif et du droit subjectif.

En effet, sous l'arrêt *Chemin de fer d'Orléans* (17), il a proposé la délimitation suivante :

— Chaque fois que l'autorité publique va être en relation avec elle-même dans le cadre interne de son organisation ou avec d'autres personnes publiques, le droit objectif prévaudra systématiquement.

— Chaque fois que l'autorité publique entrera en relation avec des tiers extérieurs à l'administration, le droit subjectif devra prédominer.

Mais il demeure, bien entendu, que le droit administratif étant orienté vers la satisfaction des besoins des administrés plutôt que vers l'exercice de la police pure, il en résulte que, dans la pratique administrative quotidienne et le contentieux administratif quotidien, c'est plutôt le droit subjectif et les principes inspirés du droit privé qui prévaudront. On ne s'étonnera donc pas que dans un article de 1923 sur « Le pouvoir, l'ordre et la liberté » (p. 195) il affirme que « le droit privé forme les quatre cinquièmes du droit ».

Mais une fois constatée la volonté de doser la part respective de droit privé et de droit public dans le corps du droit administratif, nous ne devons pas oublier que l'équilibre obtenu est fortement lié à

(15) Première partie, chapitre II, section I, paragraphe 2.

(16) La distinction autorité-gestion a donc retardé la construction de sa théorie générale du droit administratif de même qu'elle avait manifestement retardé celle de la décision exécutoire. Sur ce dernier point, voir note précédente.

(17) C.E. 16 juillet 1900, S. 1900, III, p. 97, note d'arrêts, III, p. 211.

l'équilibre global exposé dans l'introduction de ce chapitre. C'est bien parce que le Doyen de Toulouse est pénétré de la nécessité de l'équilibre entre les forces individuelles et les forces collectives, entre les entreprises privées et les services publics qu'il a adopté cette position particulière en droit administratif. *Jamais ces deux équilibres — interne au droit administratif, écho de l'équilibre global — n'auront mieux manifesté leur liaison intime que dans cette affirmation.* « Je suis persuadé qu'on arriverait à évaluer en fractions la proportion respective des deux masses nécessaire pour que l'organisme social soit en bonne santé. A poser par exemple que les services publics ne doivent pas représenter plus du dixième ou plus du vingtième ou plus du centième de la masse des entreprises privées » (18). Cette citation peut prêter à sourire. Mais il ne faut pas oublier qu'elle se situe dans une période où le libéralisme économique était encore roi.

On peut résumer la position d'Hauriou dans la formule suivante : *Il existe une priorité historique, ontologique et morale du droit privé.*

— *Historique* : Ce point est trop connu pour qu'il soit utile d'insister. Historiquement, le droit privé est apparu le premier. C'est le droit commun, et le droit administratif constitue l'exception dérogatoire au droit commun.

— *Ontologique* : Ce point mérite plus d'explications. L'essence même du droit privé est supérieure à celle du droit public dans la perspective d'Hauriou. Le droit privé, c'est le droit des relations subjectives par excellence. Or, une des règles fondamentales de sa méthode dualiste lui paraît résider dans la nécessité pour le chercheur de se placer du point de vue dynamique et d'admettre que tout système de forces en mouvement cherche son état d'équilibre, *étant entendu que les équilibres les plus stables sont ceux fondés sur la prédominance des forces les plus subjectives* (19). *Si l'équilibre le plus stable est celui marqué par les forces les plus subjectives, on ne s'étonnera pas que le droit privé, essentiellement droit des relations subjectives, soit considéré par lui comme prédominant et qu'il constitue le principe.*

— *Morale* : Ainsi qu'on l'a vu, la vie privée doit passer avant la vie publique de même que le droit privé doit passer avant le droit public. D'une part, c'est la position d'un libéral partisan d'un ordre social individualiste et se méfiant des ingérences excessives de l'Etat dans la vie privée qui se trouve sérieusement garantie. D'autre part, c'est une position de chrétien (logiquement partisan d'un ordre social individualiste) puisque la vie privée c'est, dans une certaine mesure, *la vie de loisir, c'est-à-dire la vie de culture et d'élévation spirituelle qui ne peut vraiment s'épanouir que dans un cadre très intime.* Il ne faut pas que l'Etat intervienne dans ce cadre qui est antérieur et supérieur.

(18) Précis de droit administratif, 7^e édition, 1911, p. 21.

(19) Précis de droit administratif 1903, 4^e édition, préface p. XXIX.

Ces trois raisons fondamentales et selon nous décisives expliquent que, dans tout système juridique, le droit privé domine le droit public dans l'esprit d'Hauriou. M. le Doyen Maury a bien voulu nous écrire une lettre importante et fort utile sur l'influence des idées d'Hauriou en droit privé, ce qui ne constitue pas l'objet direct de nos analyses actuelles. Mais il a ajouté que, selon lui, dans le système d'Hauriou, « les têtes de chapitre du droit privé se trouvent en droit public ». S'il veut entendre par là que Maurice Hauriou a constamment combiné droit privé et droit public dans ses analyses et qu'il n'a jamais négligé pas plus l'un que l'autre, cette affirmation est incontestablement exacte. Si, par contre, nous faisons une analyse grammaticale de la formule de M. le Doyen Maury, nous en déduisons que, pour Maurice Hauriou, c'est le droit public qui fondait le droit privé. Or, ceci est en contradiction totale avec notre démonstration qui nous paraît issue directement des œuvres d'Hauriou. Elle entre essentiellement en contradiction avec la théorie de l'ordre social individualiste hostile à tout totalitarisme. Or, *quand le droit public fonde le droit privé, quand celui-ci n'est plus qu'une des têtes de chapitre de l'organisation d'Etat, il y a totalitarisme*. La formule de M. Maury ainsi grammaticalement analysée paraît donc fausse.

Mais ce n'est qu'en apparence que cette formule est faussée. En fait, s'il est clair que, pour Hauriou, le droit privé est antérieur et supérieur au droit public, il est non moins évident que, historiquement, les grands principes de la civilisation sédentaire qui sont l'essence du droit privé (aux yeux d'Hauriou) ont été codifiés et institués dans des déclarations de droit et des constitutions. *Dans cette perspective, il devient très logique d'affirmer avec le Doyen Maury que le droit privé prend ses têtes de chapitre dans le droit public constitutionnel qui n'est lui-même que la codification de principes privatistes antérieurs et supérieurs* (20).

Nous avons d'ailleurs eu la joie de voir notre analyse confirmée par le texte d'une conférence prononcée par M. le Professeur Pierre Hébraud devant un auditoire d'agrégatifs (que M. Hébraud nous a très aimablement envoyé). Nous citons « De la supériorité du subjectif sur l'objectif, je lui ai entendu donner cet exemple d'autant plus frappant qu'il est simple, suggéré par l'étude des principes de non-rétroactivité que nous avons entreprise sur la base du livre de Roubier alors en pleine nouveauté : seul le droit subjectif résiste à l'emprise des lois nouvelles, tandis que les situations objectives la subissent ». M. Hébraud insiste par ailleurs avec raison sur l'individualisme d'Hauriou. *Comment cet individualisme pourrait-il se concilier avec l'idée que le droit privé trouve toutes ses têtes de chapitre en droit public ?*

Toutes les analyses de Maurice Hauriou parcellaires ou globales, animées par la science administrative et politique ou par un raisonne-

(20) Une seconde lettre du Doyen Maury a entièrement confirmé cette interprétation, nous l'en remercions encore.

ment juridique convergent sur un point : la prédominance très nette du droit privé en général et comme corollaire son utilisation très fréquente en droit administratif (quoique évidemment moins fréquente dans cette discipline).

On donnera ici un exemple typique de sa culture juridique de droit privé : l'aisance avec laquelle il se meut dans l'exposé de la théorie des eaux.

Il ne convient pas ici de mentionner, même pour mémoire, le régime des eaux. Il suffira de rappeler dans le cadre de ses développements sur la police des cours d'eau non navigables ni flottables (21). Hauriou utilise constamment les arrêts et principes de la jurisprudence judiciaire. Mais cette utilisation ne présente pas une originalité particulière dans la mesure où les cours d'eau non navigables ni flottables ne sont pas des dépendances du domaine public de l'Etat à la différence des cours d'eau navigables et flottables (article 538 du Code civil). En conséquence, l'utilisation en l'espèce du droit privé ne relève pas de la conception globale du Doyen Hauriou sur la prédominance de la vie privée et du droit privé. Au surplus, cette utilisation est en elle-même très peu originale puisque le Doyen de Toulouse expose des arrêts et principes bien connus.

Elle n'en méritait pas moins d'être ici signalée car elle constitue le témoignage de la connaissance admirablement précise et approfondie que Maurice Hauriou avait du droit privé alors qu'il l'avait abandonné depuis trente ans.

Cette observation fournit la conclusion provisoire de ces développements. Il ne suffisait pas d'énoncer, d'exposer une conception globale de l'ordre social individualiste, encore fallait-il posséder les moyens de démonstration de cette thèse. Ces moyens, le Doyen Hauriou les possédait. Les jeunes générations d'agrégatifs formées depuis la réforme des études de licence de 1954 seront probablement moins capables d'une vision globale du droit. Probablement grave fut l'erreur qui consista à séparer les licences de droit privé et de droit public (22).

Une des sources de la richesse de la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français réside dans sa très grande connaissance du droit privé qu'il utilise tel quel (§ 2) ou qu'il transforme de façon très vivante en raison des nécessités de la vie publique (§ 1).

(21) Précis de droit administratif, 11^e édition, p. 510 et suiv.

(22) Plus grave encore apparaît-elle si l'on songe qu'elle constituait le dernier rempart contre la séparation des deux disciplines puisque, du temps d'Hauriou, il existait un concours d'agrégation unique des Facultés de droit disparu depuis lors. Ne serait-il pas bon d'exiger à l'avenir des candidats à l'agrégation de droit public la double licence de droit privé et de droit public ou tout au moins le diplôme d'études supérieures de droit privé qui s'ajouterait aux diplômes d'études supérieures de droit public et de science politique ?

PARAGRAPHE 2

L'utilisation directe des principes privatistes.

On en donnera deux exemples typiques :

— L'incapacité des personnes publiques (A).

— La théorie de l'abus du droit (B).

A. — C'est dans sa note sous l'arrêt Commune d'Ousse-Suzan (23) que le Doyen Hauriau traite du difficile problème de l'incapacité des personnes publiques. Dans cette affaire, il était question d'un maire qui ne s'était pas conformé aux directives du conseil municipal, dans la passation de contrats : saisi d'une action de la commune qui s'estimait non valablement représentée, le juge civil avait renvoyé au Conseil d'Etat la question de savoir si le maire s'était ou non conformé aux directives du conseil municipal.

Hauriou ne s'intéresse pas à l'appréciation du juge administratif mais à l'affaire telle qu'elle serait portée à nouveau devant le juge civil.

Constatant que l'action portée devant le juge civil est une action en nullité de bail, il se demande de quelle espèce d'action en nullité il peut bien s'agir.

Cette action est intentée par la commune représentée par son nouveau conseil municipal et par son nouveau maire pour demander la nullité d'un contrat passé en son nom par un ancien maire réputé avoir mal représenté la commune car il n'aurait été compétent pour passer le bail que s'il s'était conformé à la délibération du conseil municipal. Les deux représentants de la commune, conseil municipal et maire, auraient dû rester en accord. L'accord ne s'étant point réalisé, la commune en déduit que son consentement a été vicié.

« Il s'agit d'un vice de consentement qui se rattache à la notion d'incapacité. Il faut admettre que les communes et d'une façon générale les administrations publiques dont les droits sont exercés par des organes représentatifs sont de perpétuelles incapables et comme on disait autrefois de perpétuelles mineures » (note précitée).

Ce sont de perpétuelles mineures puisque leurs représentants — leurs tuteurs — sont astreints à des formalités et à des procédures qui, si elles n'étaient pas respectées, vicieraient tous les actes. Dès que les représentants ne se conforment plus aux formalités, ils commettent une incompétence et l'Administration peut faire valoir qu'elle n'a pas été engagée. C'est « *la même situation* qu'un mineur dont le tuteur a négligé de se conformer à une délibération du conseil de famille qui lui était imposée » (note précitée).

(23) C.E. 8 avril 1911, S. 1913, III, p. 49, notes d'arrêts I, p. 491.

Pour le Doyen Hauriou, il s'agit donc clairement d'une transposition sans transformation de la théorie civiliste. Il ne se contente pas d'une comparaison générale : il descend dans les détails. En effet, il affirme que le maire, même s'il agit de façon irrégulière, représente la commune tout comme le tuteur représente le pupille même dans des conditions irrégulières. « La représentation subsiste quoique irrégulière; dans les deux cas, l'acte est simplement annulable » (note précitée). Et l'auteur ajoute une dizaine de lignes de références puisées exclusivement dans la jurisprudence judiciaire et la doctrine civiliste.

Il ajoute d'ailleurs formellement, « l'action est une action en nullité basée sur l'article 1304 du Code civil prescriptible par dix ans ... parce que l'article 1304 est d'une portée générale et que sa disposition s'applique à toutes les actions en nullité de convention... » (note précitée).

On ne saurait être plus clair : en l'espèce le droit civil est directement utilisé en droit administratif.

Il demeure cependant une difficulté : Le point de départ de la prescription de dix ans en est la source. Les mineurs deviennent majeurs et le délai court à partir de la majorité. Les administrations publiques ne deviennent jamais majeures. On ne peut pourtant pas en déduire qu'il n'y aura pas de point de départ du délai. La solution — conforme aux thèses jurisprudentielles (24) est donc que le délai commencera à courir dès le jour de la conclusion du contrat. Mais on sent bien *que ce n'est qu'à regret* que le Doyen Hauriou contraint par la nature des choses abandonne partiellement la thèse civiliste.

C'est si vrai qu'il revient en fin de note sur le problème : il existe deux incapacités :

- l'une tenant à l'impossibilité pour la commune de faire des actes sans ses représentants à l'instar du mineur;
- l'autre tenant à ce que, même si les représentants de la commune agissent régulièrement, ils n'en sont pas moins soumis à la tutelle administrative.

Or, toutes les espèces antérieures étaient relatives à la seconde. L'espèce « Commune d'Ousse-Suzan » rend son importance à l'aphorisme juridique des vieux auteurs. « Les communes sont des mineures ». « C'est pour avoir posé cette question d'incapacité d'espèce plus rare que notre arrêt est précieux » (note précitée).

L'essentiel est donc ici dans la transposition pure et simple du droit civil et non dans l'exception du point de départ du délai.

On peut d'ailleurs en donner encore une autre preuve : Hauriou approuve la jurisprudence qui consiste, par analogie avec le droit privé, à exiger la preuve de la lésion selon le principe « minor retertuitur non

(24) C.E. 15 juin 1877, Ville de Chambéry.

tanquam minor sed tanquam lesus » (25). Les mêmes caractéristiques se retrouvent dans la théorie de l'abus du droit.

B. — LA THÉORIE DE L'ABUS DE DROIT.

C'est à l'occasion de l'arrêt Zimmermann (26) que l'auteur va transposer la théorie civiliste de l'abus de droit en droit administratif. Il est inutile de rappeler les faits d'une espèce bien connue. Il suffit de préciser que, dans cette affaire, le Conseil d'Etat avait décidé que la prérogative d'exécution provisoire est aux risques et périls de l'administration. En effet, un ensemble de mesures administratives abusives avaient manifestement constitué un abus de droit.

« Il n'est pas douteux qu'en relevant cet ensemble de mesures abusives, le Conseil d'Etat n'ait voulu appliquer la théorie de l'abus du droit » (note précitée).

C'était un droit pour le préfet de délimiter le domaine public mais en l'espèce il en avait abusé.

La théorie de l'abus de droit en droit civil était nouvelle au moment où Hauriou écrivait sa note; cela ne l'empêche pas de la connaître dans ses moindres détails alors qu'il est censé ne plus songer au droit privé depuis 1892.

Il en distingue deux cas d'application :

- le cas où en exerçant son droit l'auteur a commis des actes inutiles pour lui mais nuisibles au voisin;
- le cas où les actes commis par l'auteur lui sont incontestablement utiles tout en demeurant nuisibles au voisin.

Mais quel est le fondement de la théorie ? Hauriou remarque un flottement dans la doctrine civile. Il en dégage pourtant quelques idées claires :

1. — Les droits sont des pouvoirs exercés par les hommes sous leur responsabilité en vue de satisfaire leur intérêt sous la condition de respecter la légalité et les principes du commerce juridique.
2. — Il y a donc deux éléments dans le droit :
 - un élément subjectif qui est la volonté d'exercer un droit propre;
 - un élément objectif qui est une conception sociale déterminée par un certain idéal de commerce juridique ou par la loi (27).

(25) C.E. 15 janvier 1909, Bouffet. Sur ce point, voir Précis de droit administratif, 11^e édition, p. 299.

(26) C.E. 27 février 1903, S. 1905, III, p. 17, notes d'arrêts, I.

(27) On retrouve ici son goût très particulier pour les thèses mixtes. C'est toujours sa volonté de *via media*.

3. — Dans l'exercice des droits, l'élément subjectif est constamment en lutte avec l'élément objectif, les hommes se servant de leurs droits dans des buts qui ne sont pas sociaux (28).

« Mais l'abus de droit qui se justifie au point de vue des principes généraux du droit public, quelle place va-t-il occuper dans la technique spéciale du droit administratif ? » (note précitée).

Hauriou ne voit aucune difficulté à ranger l'abus du droit dans les catégories des faits de services.

Est-ce à dire cependant que le Maître de Toulouse va identifier la théorie de l'abus de droit à celle du détournement de pouvoir ? S'il opérât l'identification, l'abus de droit sera transformé par son passage dans le droit administratif. En réalité, il les distingue considérant que l'application de ces théories pourtant voisines correspond à deux cas différents :

- ou bien il s'agit de l'annulation d'une décision exécutoire, dans ce cas c'est le détournement de pouvoir qui opère ;
- ou bien il s'agit du fait d'exécution et dans ce cas c'est l'application de la théorie de l'abus de droit.

Cela correspond à deux hypothèses différentes car tout détournement n'entraîne pas abus de droit et réciproquement. Il donne deux exemples :

— Les faits d'exécution abusifs pourront donner lieu à indemnité sans être liés à une décision exécutoire. Ainsi des « passages à tabac dont sont trop souvent agrémentées les arrestations opérées par les agents du personnel de police » (note précitée).

— Une décision exécutoire entachée de détournement de pouvoir ne peut avoir causé de préjudice que si elle a été suivie de faits d'exécution. Il n'en sera pas toujours ainsi. « Il y a donc non seulement une différence de procédure mais aussi une différence de fondement de l'action. Ce détournement de pouvoir correspond à la notion de bonne administration considérée en soi dans l'acte (29) ... ; l'abus de droit correspond à la notion de bon commerce juridique qui doit s'établir entre l'administration et les administrés » (note précitée).

Ici donc, il n'y a pas identification de la théorie administrative du détournement de pouvoir et de la théorie civiliste de l'abus de droit. Il y a indépendance réciproque des deux théories. La théorie civiliste est directement transposée en droit administratif dans la zone autonome des faits d'exécution (30).

(28) Encore une vision très dynamique et très dialectique.

(29) Sur ce point voir la moralité administrative, première partie, chapitre I, section II, § 3.

(30) Le Doyen Hauriou semble avoir abandonné cette théorie par la suite. Dans sa brochure « Police juridique et fond du droit » précitée, il voit dans l'abus de droit un de ces principes d'équité qui font partie d'une superlégalité et se borne à rappeler les divers critères civilistes. De façon peut-être plus nette, dans sa note précitée sous l'arrêt Banque de France, il ne fait plus de différence entre abus de droit et détournement de pouvoir, deux théories « qui sont affaires de

PARAGRAPHE 3

L'utilisation d'un droit privé modifié.

On peut distinguer deux cas principaux d'utilisation de droit privé transformé en droit administratif :

- le droit civil (A) ;
- le droit pénal (B).

A. — LE DROIT CIVIL.

On peut ici donner trois exemples typiques de transformation du droit civil par le passage dans le droit administratif :

- la théorie de la responsabilité du fait des choses ;
- les théories convergentes des statuts et droits réels ;
- la théorie de la cause (*infra* troisième partie).

1) *La théorie de la responsabilité du fait des choses.*

C'est dans sa note sous l'arrêt Société d'Assurance mutuelle des travailleurs français (31) que le Doyen Hauriou utilise, en les transformant, des notions de droit civil. Il estime que la rédaction de l'arrêt révèle avec un autre arrêt de la Cour de cassation (32) une ressemblance étonnante. Les emprunts à la Cour de cassation seraient « flagrants » : même considérant sur « les conditions particulièrement dangereuses de la circulation automobile à l'heure actuelle », même formule de présomption de faute, même observation que cette présomption peut être détruite par la preuve de « la cause étrangère, d'un cas fortuit ou de force majeure ».

Mais Hauriou, jusque là assez neutre dans sa description, prend brusquement parti : *la doctrine du Conseil d'Etat s'écarte en deux points de la jurisprudence de la Cour de cassation et il approuve cette spécificité.*

D'une part, l'article 1386 n'est pas visé : Le Conseil d'Etat tire de son propre pouvoir de juge sans se croire obligé de l'appuyer sur l'interprétation d'un texte la présomption de faute dans la circulation de choses inanimées.

D'autre part, l'arrêt ne met pas la faute à la charge du gardien de la chose en l'espèce ici l'administration ; il met la présomption de

motifs » (Dans le sens de notre interprétation « La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative », par Louis DUBOIS, thèse Poitiers, 1960, p. 193). Il n'en reste pas moins, en dépit de cette évolution, que le Doyen Hauriou a eu, le premier, l'intuition d'une utilisation autonome de la notion d'abus de droit en droit administratif.

(31) C.E. 22 décembre 1924, S. 1926, III, p. 1 ; notes d'arrêts, p. 672.

(32) Bessières, 29 juillet 1924, S. 1924, p. 321.

faute à la charge du conducteur de l'automobile et la responsabilité de l'Etat n'est entraînée que par la théorie du fait de service qui substitue l'administration à son agent.

En effet, si « les civilistes sont très heureux de cette disposition (l'article 1384) qui leur permet de mettre hors de cause le conducteur pour laisser la responsabilité directement et uniquement à la charge du propriétaire de la chose », le Conseil d'Etat n'avait pas besoin de cette théorie puisqu'il disposait déjà de la théorie du fait de service substituant la responsabilité de l'Etat à celle de ses organes.

La satisfaction du Doyen Hauriou croît manifestement *car dans l'interprétation constructive qu'il fait de l'arrêt, il découvre que finalement le système du Conseil d'Etat est meilleur que celui de la Cour de cassation*. En effet, la jurisprudence civile est contrainte de faire remonter au chef d'entreprise et la faute et la responsabilité — ce qui ne différencie plus la théorie de la faute de celle du risque — alors que le Conseil d'Etat fait remonter seulement la responsabilité à l'Etat, laissant la faute au niveau de l'organe qui a commis l'acte. « *Ainsi le Conseil d'Etat n'a pas servilement copié la jurisprudence de la Cour de cassation. Il en a pris le résultat avantageux sans en emprunter les moyens* » (note précitée).

Ici donc, le droit privé est utilisé mais après transformation. On pourrait peut-être objecter qu'en l'occurrence ce n'est pas le Doyen Hauriou mais le Conseil d'Etat qui l'aurait ainsi utilisé. Cette objection n'est pas recevable dans la mesure où elle néglige la *part considérable d'interprétation constructive* dans toutes les notes d'Hauriou et en particulier en l'espèce. A partir des considérants de l'arrêt précité qui se contentent de reproduire servilement ceux de la jurisprudence judiciaire, Hauriou constatant l'absence de visa à l'article 1384 du Code civil construit de toutes pièces une théorie explicative dont les enchaînements finaux lui permettent d'affirmer que le Conseil d'Etat s'est seulement inspiré, sans les copier, des principes de la Cour de cassation. *Jusqu'à quel point le Conseil d'Etat s'en était-il vraiment rendu compte ?*

2) *Les théories des statuts réels et droits réels.*

Il s'agira ici d'un simple rappel mais d'un rappel indispensable. On avait déjà vu en première partie (33) que, dans ses analyses du domaine public et de la fonction publique, les notions de statuts réels ou de droits réels avaient été abondamment utilisées. Il est inutile de revenir sur cette idée que la notion civiliste de droit réel (rapport immédiat avec la chose) se transformait au contact du droit administratif. Le rapport immédiat avec la chose est à la base d'une très grande stabilité et c'est précisément ce facteur de stabilité qui avait poussé le Doyen Hauriou à l'utiliser en droit administratif pour expliquer certaines situations assises dans le chapitre de la fonction publique ou dans celui du domaine public. Mais le grand réaliste

(33) Chapitre II, sections IV et V.

qu'était Hauriou ne manquait pas d'apercevoir l'inadéquation de cette notion civiliste brutalement transplantée en droit administratif. Les situations assises étant toujours frappées de précarité en droit administratif, il convenait de trouver une notion mixte susceptible d'expliquer à la fois la stabilité et la précarité.

— Ainsi du droit réel administratif qui explique la stabilité du concessionnaire vis-à-vis des tiers et sa précarité vis-à-vis de l'administration.

— Ainsi des théories des professeurs propriétaires de leurs chaires et des officiers « propriétaires de leurs grades » qu'il a tendance à élargir plus ou moins souplement aux autres catégories de fonctionnaires.

— Ainsi également de ce droit réel par excellence que constitue la propriété appliqué au domaine public considéré comme propriété d'un type spécial de l'Etat et qui explique la stabilité dudit domaine mais la stabilité liée à l'affectation et donc disparaissant avec elle. Il est inutile d'insister sur ces points déjà connus, mais leur rappel a permis de montrer, ici encore, la très fréquente utilisation après transformation de notions d'origine civiliste (34).

Le droit civil n'est d'ailleurs pas seul; il faut encore y joindre le droit pénal.

3) *La théorie de la cause.*

Elle constitue un cas d'utilisation du droit privé après transformation. Mais nous préférons l'exposer en troisième partie en analysant l'influence de ce thème sur la thèse de M. Vedel.

B. — LE DROIT PÉNAL.

Une remarque préalable s'impose. Nous semblons trancher sans démonstration aucune le problème très controversé du caractère privé ou public du droit pénal. En fait, il n'en est rien et ce problème, qui déborde largement le cadre de nos développements, ne sera pas ici évoqué.

Si pourtant nous avons inséré ces développements dans une sous-section relative à l'utilisation du droit privé, c'est que le domaine du

(34) Hauriou ne s'est pas contenté d'utiliser la notion de droit réel en droit administratif. Il a aussi approfondi et renouvelé la notion civiliste du droit réel, dans le cadre du droit civil. Les développements qui vont suivre sortent de notre sujet mais leur découverte dans un manuscrit inédit rend nécessaire ici leur insertion dans une note. C'est le seul moyen de les faire échapper à l'oubli. Dans un manuscrit inédit joint à la critique élogieuse (également manuscrite) de la thèse de Rigaud sur les droits réels administratifs sont contenues des remarques très vivantes qui apportent une contribution intéressante à la théorie civiliste des droits réels.

Le Doyen Hauriou part de l'idée que le droit réel ne procède pas comme le droit de créance du point de vue de la force vis-à-vis d'autrui. Le droit de créance tire sa force de l'obligation qu'a consentie le débiteur, la volonté du créancier ne suffirait pas à obliger celui-ci. Le droit réel tire sa force de la seule volonté du propriétaire. C'est un droit de puissance. « Opposabilité n'est pas la même

droit pénal est aujourd'hui encore couvert par l'agrégation de droit privé et que, au point de vue des programmes, celui-ci relève de la licence et du doctorat de droit privé. Il n'en reste pas moins que nous aurions pu aussi bien insérer ces développements dans une sous-section autonome relative à l'utilisation du droit pénal. Nous avons arbitrairement mais clairement choisi.

Dans une affaire Gilotte (35), le Doyen Hauriou montre comment l'utilisation de certaines notions de droit pénal en droit administratif rend nécessaire leur transformation.

Un bateau avait occasionné des avaries à une écluse sur un canal de navigation appartenant à l'Etat, ce qui avait entraîné une contravention de grande voirie. Ce bateau n'était pas conduit par son propriétaire mais par un préposé, ce qui n'avait pas empêché le propriétaire d'être condamné personnellement à l'amende. Et le Conseil d'Etat avait rejeté son recours.

Ainsi résultait-il de là que pouvaient être condamnés à l'amende non seulement les auteurs des dommages mais encore leurs commettants. *En conséquence, les amendes de grande voirie n'obéissent plus à la maxime du droit pénal que les peines doivent être rigoureusement personnelles.* D'ailleurs, en cas de récidive, elles n'entraînent pas d'emprisonnement.

Cette souplesse du droit administratif qui utilise en les transformant des notions de droit pénal *fournit d'abord l'occasion au Maître de Toulouse de se réjouir de l'autonomie du Conseil d'Etat.* « Il s'est affranchi des textes et principes de droit civil qui auraient gêné son libre développement; en procédure, il s'est émancipé du Code de procédure civile; en cette matière répressive qui est pourtant pour lui bien secondaire, il trouve encore le moyen de jeter par-dessus bord les principes du droit criminel et de créer une catégorie originale de

chose qu'obligation » (manuscrit précité). Comment démontre-t-il la différence entre les deux notions ? Par l'idée de relation directe entre le titulaire et la chose. Selon lui, il s'établit une adaptation réciproque du propriétaire et de la chose qui peut être exprimée par le droit unilatéral de propriétaire.

Il le montre d'abord par l'hypothèse de l'esclave. « Pourquoi la relation directe du maître à l'esclave n'aurait-elle pas de valeur juridique par elle-même et pourquoi n'en aurait-elle qu'à l'égard des tiers ? » (manuscrit précité). Pour lui, il n'y a pas de contrat entre Robinson et Vendredi mais servitude imposée par l'un, acceptée par l'autre. Il en est de même de l'animal domestique. Dans ce cas, il y a adaptation du maître et de la chose, « cette adaptation de l'animal au maître étant conforme à l'ordre général des choses ».

De même pour les objets inanimés qui sont dominés par le maître mais qui réagissent vers lui « car l'homme crée le cadre de la vie mais le cadre influe sur l'homme... Dis moi quel est ton mobilier, je te dirai qui tu es ». Tout cela prouve aux yeux d'Hauriou que l'homme n'est pas isolé seulement des autres hommes mais même des objets matériels et que « les relations avec les forces naturelles peuvent être juridiques au moins comme droit de puissance établi à son profit » (manuscrit précité).

Ces développements curieux et vivants méritaient d'être rappelés.

(35) C.E. 8 mai 1896, S. 1897, III, p. 113 ; notes d'arrêts, III, p. 457.

contraventions qui sont frappées d'amendes, mais d'amendes qui ne sont pas de véritables peines » (note précisée).

En l'occurrence, cette indifférence de l'amende à la question d'imputabilité lui permet de *parler de délit objectif*. Et c'est ici que l'arrêt Gilotte lui fournit l'occasion de fonder la notion nouvelle explicative de la jurisprudence.

Les crises et délits sont des infractions contraires à la fois à l'ordre juridique et à la morale; les contraventions sont seulement des infractions contraires aux règles de police. Or, les règles de police n'ont qu'un rapport très éloigné avec l'ordre juridique et avec la morale. Elles correspondent à la nécessité sociale de maintenir l'ordre matériel et d'éviter qu'il ne soit troublé par les voies de fait, les violences et même les accidents. *Dès lors, l'imputabilité qui se conçoit pour les délits et les crimes, infractions à l'ordre juridique et à l'ordre moral, ne se conçoit plus pour les contraventions, infractions à l'ordre matériel.*

Pourquoi n'en est-il pas ainsi pratiquement en droit privé ? Parce que la matière des contraventions n'a pas été artificiellement réunie par le législateur à celle des délits et des crimes et la doctrine criminaliste a travaillé par contagion sur les contraventions comme sur les délits et crimes étendant aux premières les principes des seconds. « En faisant des contraventions de grande voirie des délits objectifs, on peut dire qu'elle (la jurisprudence administrative) est restée dans la saine notion de la contravention » (note précitée).

Ici, le phénomène est assez particulier pour mériter qu'on s'y arrête. Jusqu'à maintenant, le droit administratif transformait quelquefois des notions civilistes. Mais il les transformait en les altérant. *La notion civiliste était la notion pure, saine, principale.* Il en était ainsi, on l'a vu, du droit réel. *Cependant, avec l'interprétation de la notion de contravention qui vient d'être faite, c'est désormais le juge administratif qui est créateur et gardien de la notion saine, pure, initiale, tandis que le droit pénal est responsable d'une notion altérée et dérivée.* Le renversement était ici assez paradoxal pour mériter d'être remarqué.

Sans doute objectera-t-on à la thèse d'Hauriou, que l'amende est une peine et qu'il est injuste d'infliger une peine à un condamné auquel elle n'est pas imputable. A cela notre auteur semble par avance répondre que ce n'est une peine que « a parte rei ». Pour l'Etat, l'amende représente une indemnité, contrepartie du travail qu'on lui impose en le contraignant à juger la contravention. *« L'amende est le prix de la justice » et ce prix semble pouvoir être payé par un délinquant non responsable.*

Cette dernière explication manque de clarté. En effet :

D'une part, le Doyen Hauriou reconnaît que l'amende est en partie une peine. Si elle l'est, même partiellement, on ne comprend pas qu'elle soit imputée à une personne irresponsable.

D'autre part, même dans son aspect « prix de la justice », on ne comprend pas non plus qu'elle soit payée par une personne étrangère à la contravention. La position d'Hauriou est ici d'autant plus curieuse qu'elle *contraste avec sa volonté très fréquemment exprimée de défendre les théories de fautes, c'est-à-dire les théories d'imputabilité et de culpabilité* et au contraire de combattre toutes les théories qui rompent le lien entre la personne responsable et la réparation du dommage.

Quelle explication donner de cette contradiction ? L'explication est d'ordre historique. De même que le Doyen Hauriou avait oscillé selon les époques entre le service public et la puissance publique, de même, on l'a vu (36), il avait été tenté par la théorie du risque comme par la théorie de la faute. Or, la note sous l'arrêt Gilotte se situe en 1897, époque à laquelle il commençait seulement à abandonner la théorie de la faute purement civile pour se tourner du côté de la théorie du risque (37).

Sans doute, fera-t-on remarquer que les notions civilistes et les notions pénalistes sont différentes, *mais il semble que la contagion ait été assez nette entre la théorie du risque, théorie objective établissant une barrière entre l'auteur du dommage et la réparation et sa conception du délit objectif, « saine notion de la contravention ».*

Quelle que soit l'explication de la contradiction, il n'en reste pas moins que l'espèce Gilotte a fourni à Hauriou l'occasion de construire une théorie originale de l'utilisation après transformation de notions pénalistes.

Utilisation après transformation ou utilisation sans modification, mais en tout cas utilisation du droit privé. Tel est le résultat de ces recherches. On verra qu'il en est de même de l'histoire du droit et du droit romain. Comment s'en étonner si l'on rappelle que le droit romain fut le berceau du droit privé ? Méthodologiquement, il semble bien que le droit romain nourrisse le droit privé comme le droit privé nourrit le droit public. Parvenir aux fondations mêmes du système juridique vu par Hauriou, c'est pénétrer plus intimement dans la pensée de cet auteur.

(36) Première partie, chapitre II, section III, paragraphes 1, 2 et 3.

(37) La théorie du risque n'a existé qu'un bref moment dans la pensée d'Hauriou. Ceci explique que la note sous l'arrêt Cames de 1896 qui lui avait fourni l'occasion de rapprocher risques industriels et risques administratifs et donc d'utiliser des notions civilistes n'a pas été commentée sous cet angle puisqu'elle correspondait à une étape dépassée de la pensée du Maître. Il ne semble pas en être de même de cette théorie de la contravention objective que Maurice Hauriou n'a jamais reniée.

SOUS-SECTION II

L'HISTOIRE DU DROIT

Il faut distinguer ici l'attachement à l'explication historique (§ 1) qui constitue une des approches globales d'Hauriou de l'utilisation du droit romain considéré comme historiquement supérieur (§ 2). L'ancien droit français est rarement évoqué.

PARAGRAPHE 1

L'attachement à l'explication historique.

L'attachement à l'explication historique frappe au premier abord le lecteur. Presque tous les chapitres du droit administratif sont envisagés de façon très évolutive et les références et la culture historique de l'auteur sont immenses. Comment s'en étonner si l'on rappelle que le Doyen Hauriou fut d'abord un spécialiste d'histoire et de droit romain et que ses pairs au concours d'agrégation de 1882 déclaraient « merveilleuses » ses leçons d'agrégation élaborées dans le cadre de la conférence d'agrégation qui se tenait à Bordeaux :

- 1876 : la thèse de licence (droit romain) ;
- 1879 : la thèse de doctorat (droit romain) ;
- 1881 : article historique (droit romain) ;
- 1882 : trois articles historiques (droit romain) ;
- 1884 : article historique (droit romain) ;
- 1887 : article historique (droit romain) (38).

Ce n'est qu'en 1888 que Maurice Hauriou paraît commencer à bifurquer vers le droit administratif mais, ce faisant, il ne renoncera jamais aux références historiques qui constituent le soubassement de la plupart de ses raisonnements.

Un point très remarquable mérite dès l'abord d'être dégagé : dans un article de 1882 (39), il annonce tous ses développements par la formule que *« ce n'est pas là une idée nouvelle, il y a plusieurs années déjà qu'elle fut émise pour la première fois; seulement elle me semble aujourd'hui un peu oubliée, bien à tort et je voudrais ramener sur elle l'attention. Toute ma prétention serait de l'avoir rajeunie à l'aide de quelques développements nouveaux »*.

Or, le thème de restauration des valeurs classiques est un thème permanent dans la pensée d'Hauriou jusqu'à sa mort. Le retour aux

(38) Voir toutes les références à ces articles et travaux dans la bibliographie finale.

(39) « L'origine de la corréalité. Nouvelle revue historique du droit français et étranger, 1882.

sources, retour rajeuni par une analyse moderne lui paraît la condition première de toute recherche. En 1882, Hauriou était âgé de 26 ans et cette découverte à 26 ans d'un thème permanent jusqu'à sa mort était assez étonnante pour mériter d'être notée. *Pour lui, toute théorie nouvelle est entachée d'une présomption de fausseté et toute théorie ancienne d'une présomption de vérité.* Ainsi dans sa note sous l'arrêt Commune de Monséguir (40), Hauriou explique que « la notion de puissance publique comme base du système administratif a pour elle le préjugé historique. Historiquement, il est incontestable que le régime administratif s'est développé à la fin de la monarchie sous la forme d'un pouvoir exécutif qui se dressait contre le pouvoir judiciaire ». De même dans sa note sous l'arrêt Regnault Desroziers (41), il affirme vigoureusement qu'il est « fatigué des écoles nouvelles et des écoles réalistes et des philosophies nouvelles et des théories objectivise dont on nous avait rebattu les oreilles depuis une trentaine d'années... Nous commençons à nous rendre compte que la vie morale des hommes et par conséquent leur vie sociale n'est pas sujette à tant de nouveauté, qu'elle reste au contraire identique à elle-même, qu'elle repose sur un petit nombre de thèmes dont le fond ne varie pas. On remonte au Code civil à la loi des XII Tables et de celle-ci au Code d'Hammourabi comme on remonte de Racine à Euripide ou de La Fontaine à Phèdre et de Phèdre à Esope ». Voilà une citation bien caractéristique de l'attachement de l'auteur à l'explication historique joint à son attachement pour les vieilles valeurs. Aujourd'hui, taxer un citoyen de conservatisme, c'est souvent l'atteindre dans sa susceptibilité (42) : *Le Doyen Hauriou au contraire revendique hautement son conservatisme étant entendu que chez lui le conservatisme n'est pas autoritaire et n'est jamais signe de sclérose.* Cet attachement aux vieux principes et à l'explication historique explique son attachement au droit privé qui formait l'essentiel de tout système juridique dans les temps anciens. Tout est donc lié.

Son goût de l'explication historique et évolutive explique également son attachement à l'exposé de ses propres théories dans une perspective très évolutive. Souvent au lieu de se contenter d'exposer simplement et statiquement telle ou telle de ses constructions doctrinales, il en rappelle longuement et minutieusement toutes les évolutions, les erreurs partielles, les réparations de ces erreurs, la succession des diverses optiques, etc... Pour lui, et ceci se vérifie encore ici, l'explication évolutive est toujours supérieure à l'explication statique. On en donnera un exemple : l'histoire qu'il fait de sa propre théorie de la personnalité morale.

(40) C.E. 10 juin 1921, S. 1921, III, p. 49, notes d'arrêts I, p. 2.

(41) C.E. 28 mars 1919, S. 1918-19, III, p. 125, notes d'arrêts I, p. 691.

(42) C'est une remarque chère à M. le Professeur Duverger : La gauche a réussi à donner mauvaise conscience à la droite au point que les candidats de la droite à la députation tentent souvent de s'attribuer en qualité d'homme de gauche. Cette remarque nous paraît entièrement fondée.

Son attachement à la méthode historique est à ce point puissant qu'il se fait lui-même son propre historien. S'il s'agissait d'un auteur mineur, on pourrait parler d'orgueil ou de vanité. S'appliquant à l'illustre Doyen qu'il était en 1927, ces reproches constitueraient un grave contre sens. C'est bien, en fait, le respect qu'il a, vieil historien, de la méthode historique qui le pousse à s'auto-analyser de façon évolutive.

Sa théorie de la personnalité morale lui paraît féconde dans la mesure où elle lie personnalité et propriété ou capacité d'acquiescer.

Comment s'était-elle organisée ?

Duguit avait fait une critique violente de la Herrschaft allemande fondée sur le pouvoir. Michoud avait publié son ouvrage sur la personnalité morale dans lequel il décidait de placer le sujet de la personne morale non plus dans la puissance de volonté mais dans le centre d'intérêt. Enfin Saleilles dans ses « Leçons sur la personnalité morale » exposait des systèmes et éveillait des idées. Hauriou s'était contenté de publier dans la Revue générale du droit en 1899 un article qui ne visait que le problème de la fiction ou de la réalité.

« En 1910 j'arrivais avec des préoccupations bien différentes de celle de Michoud et de Saleilles. Saleilles avait fait œuvre d'historien des doctrines. Michoud avait construit la personne morale avec des matériaux subjectifs. Préparé par ma Théorie de l'institution, sur le chantier depuis 1906, j'étais persuadé que le problème de la personne morale devait être abordé *en utilisant à la fois des matériaux objectifs et subjectifs* » (43).

En effet, on l'a déjà vu (44), il avait pensé dès 1906 que toute institution sociale organisée et formant corps était candidate à la personnalité morale mais qu'elle constituait une individualité objective à laquelle il fallait rattacher des éléments apparents de la personnalité et, par conséquent, la puissance de volonté. Il défendit cette thèse également dans les Principes de droit public de 1910 et dans son étude sur « la souveraineté nationale » de 1912. Sous cette forme, « la théorie était dans la bonne voie ... mais elle était incomplète en ce qu'elle ne réservait aucun substratum réel au sujet moral » (45).

Selon lui-même, il avait tort de ranger du côté de l'individualité objective « le centre d'intérêt » de Michoud. Il reprit cet élément en remarquant qu'il se fondait sur un autre plus vaste et qui était « l'idée de l'entreprise ou de l'œuvre » que poursuit le groupe tout entier. Mais les relations entre le sujet moral et les organes de gouvernement demeuraient encore mal établis. Comment les résoudre ?

La solution du problème semble lui avoir été fournie par les suggestions de Saleilles liant personnalité et propriété, mâtinées d'une

(43) Encore une thèse de *via media*. Précis de droit administratif, 11^e édition, p. 290.

(44) Confert, première partie, chapitre I, section I, § 4.

(45) Précis de droit administratif, 11^e édition, p. 291.

intuition du sociologue Gabriel Tarde qui avait dit « Etre, c'est avoir » (46).

« De plus, pour la révélation du phénomène interne d'appropriation, je m'adressai à l'élément de la souveraineté des membres du groupe interprétée en une propriété du pouvoir des organes du gouvernement » (47).

Ainsi de façon définitive, le Doyen Hauriou avait-il montré que les relations entre le sujet moral et les organes étaient réciproques; les organes exerçant un pouvoir de domination sur le sujet, celui-ci répliquant par une appropriation des organes (48).

Cette histoire du Doyen Hauriou par lui-même est très curieuse et très caractéristique. *C'est pour expliquer la portée de chacun des éléments, même le plus minime, de sa définition de la personnalité morale qu'il retrace toute l'histoire de sa création, les difficultés et les incertitudes, les insuffisances et enfin les remèdes. L'histoire ici n'explique plus un phénomène, puisqu'en l'espèce le phénomène réside dans Hauriou; elle est seulement au service de la pédagogie. Et de la meilleure.*

Cet attachement d'Hauriou à l'explication historique rend d'autant plus étonnante une erreur qu'il a, selon nous, commise : Hauriou avait tenté de soutenir que la décision préalable paraissait nécessaire pour lier le contentieux en manifestant l'intention de l'administration d'accepter l'instance. Mais ainsi que le montre avec raison le Professeur de Laubadère (49), cette explication cadrerait mal avec le fait que la décision préalable n'était à l'époque exigée que devant le Conseil d'Etat. Cette règle était en réalité une survivance de l'ancienne doctrine du ministre-juge. Or, Hauriou a toujours eu une prédilection particulière pour les explications « de séquelles » et de « survivances », liées à sa conception très évolutive des faits sociaux et du droit. C'est pourquoi on ne peut manquer d'être étonné par la rationalité artificielle de cette explication s'adaptant pourtant à un problème qui ne pouvait être élucidé qu'au moyen de la méthode historique.

Quoi qu'il en soit, cette dernière remarque vaut comme exception qui confirme la règle; la règle, c'est l'utilisation fréquente de la méthode historique (50).

(46) On remarquera en passant la grande culture non juridique du Doyen Hauriou. On développera largement ce thème dans un ouvrage projeté sur les idées philosophico-constitutionnelles du Doyen Hauriou.

(47) Encore une vision peu juridique et très sociologique, Précis de droit administratif, 11^e édition, p. 291.

(48) Sur ce problème, voir Principes de droit constitutionnel 1923, Principes de droit public 1916 et l'article précité sur l'institution dans les Cahiers de la Nouvelle Journée en 1925.

(49) Traité de droit administratif, 1963, n^o 810 et s.

(50) Comme exemple de l'intérêt général que Maurice Hauriou portait à l'histoire, on peut citer son article sur « L'histoire externe du droit » (Revue critique de législation et de jurisprudence 1884). Mais cet article n'intéresse pas notre

Son attachement à l'explication historique se vérifie plus nettement encore à partir de quelques exemples typiques qui se répartiront en deux catégories :

- l'histoire globale du droit administratif explique sa richesse (A) ;
- les histoires parcellaires de tel ou tel chapitre en expliquent également la complexité (B).

A. — L'HISTOIRE GLOBALE DU DROIT ADMINISTRATIF.

L'histoire du droit administratif lui paraît expliquer le contentieux de pleine juridiction.

Selon Hauriou, si l'on suit l'histoire du droit administratif français au XIX^e siècle, on s'aperçoit qu'elle se décompose en deux périodes :

- la première va depuis les origines jusqu'au décret du 2 novembre 1869 ;
- la seconde va depuis le décret du 2 novembre 1869 jusqu'à nos jours.

Dans la première, le contentieux de pleine juridiction était prédominant.

Dans la seconde, c'est le contentieux de l'annulation qui passe au premier plan.

L'attention initiale portée au contentieux de pleine juridiction et l'oubli ultérieur s'expliquent historiquement. D'abord, « il y eut l'attrait de la nouveauté », il fut intéressant d'organiser la théorie nouvelle du recours pour excès de pouvoir. Ensuite et surtout les efforts tentés jusqu'en 1869 pour organiser une théorie convenable du contentieux ordinaire avaient échoué. Si l'échec était patent, c'est que le contentieux ordinaire n'avait pas de source spontanée et qu'il n'existait qu'en vertu de textes.

En effet, pendant un demi-siècle, on s'était demandé si à côté du contentieux ordinaire d'attribution organisé par les textes, il n'y avait pas un contentieux de nature. Mais le critère du contentieux de nature ne fut jamais trouvé et l'on était retombé dans le contentieux de l'annulation. Le Doyen Hauriou en déduit que « dès le début, on s'était lancé dans une mauvaise voie. Cette histoire est instructive ; elle montre qu'il faut en droit public des théories multiples, qu'il n'est pas bon qu'une seule soit suivie, parce que si elle n'est pas complètement vraie, tout le monde se fourvoie et le progrès est arrêté pour longtemps » (51).

On ne sortit plus de cette idée que le recours contentieux ordinaire naît de la violation du droit acquis. Plus tard on opposa le

sujet car Hauriou reconnaît lui-même que ses conclusions ne s'appliquent pas au droit public.

(51) Ceci est caractéristique de la pensée d'Hauriou hostile à tout monisme et séduite par les théories éclectiques et pluralistes, voir section III du même chapitre (La gestion administrative, 1900, p. 37).

recours contentieux ordinaire né de la violation d'un droit et le recours pour excès de pouvoir né de la violation d'un intérêt. Or, la distinction était impossible et un auteur, « Chauveau Adolphe, avait consacré trois volumes à cette tentative héroïque ... Il y a mis une grande rigueur logique et une sorte de génie subtil; il a complètement échoué » (52).

On se replia sur une définition commode du droit acquis considéré comme celui que l'administration est obligée de respecter en vertu d'une disposition légale. Par conséquent on retombait sur le contentieux d'attribution.

Or, pour Hauriou, dès 1889, il y avait trois cas où il se crée un contentieux *spontané* sans texte :

- 1) Le cas des actions en indemnité pour préjudice causé dans le fonctionnement des services de l'Etat;
- 2) Le cas des recours en indemnité formés par des employés municipaux révoqués (par exemple l'affaire Cadot);
- 3) Le cas des contentieux électoraux qui sont organisés en dehors de toute espèce de texte.

Il y a donc des sources spontanées du contentieux ordinaire. Mais quel est leur fondement ?

Hauriou nous donne alors une justification du contentieux ordinaire par le moyen de l'acte d'administration intervenant dans une situation de gestion : l'Administration ayant accepté la coopération de l'administré « s'est compromise avec lui », le fond du compromis conduisant à soumettre à l'arbitrage d'un juge les difficultés qui s'élèveront (53).

Quelle que soit la valeur de l'explication proposée, on aperçoit facilement que celle-ci trouve sa source dans l'idée de spontanéité nécessaire à la vie du contentieux ordinaire. Or, c'est l'absence de spontanéité des critères précédents qui met Hauriou sur la voie. L'histoire du droit administratif lui a donc directement servi à élaborer sa théorie de la gestion, le fondement du contentieux de pleine juridiction et par contraste un contentieux de l'annulation qui reposerait sur l'absence de collaboration de l'administré et de l'administration.

Dans un autre ouvrage, « Les éléments du contentieux », publié en 1905, Hauriou explique les difficultés du droit administratif français par les difficultés de sa naissance.

Il commence par polémiquer avec Jacquelin qui « méconnaît la force de l'évolution historique » et raisonne trop logiquement au détriment de la vérité de la vie en affirmant que le recours pour excès de pouvoir a réussi mais qu'il a réussi en dépit des principes. « A force de répéter que l'organisation de notre contentieux administratif est

(52) « La gestion administrative », p. 38.

(53) Sans que l'auteur le dise formellement (puisque la théorie de la liaison du contentieux ne sera élaborée que sept ans plus tard) la base du raisonnement repose sur l'idée d'autolimitation de l'administration.

contraire aux principes, nos auteurs ont fini par le faire croire aux étrangers, lesquels *heureusement reconnaissent sa valeur pratique* » (54). Il nous indique donc immédiatement que sa méthode sera historique. C'est ainsi qu'il entend expliquer les difficultés globales du droit administratif par celles de la naissance du juge public.

Dans les civilisations primitives où il est admis que les particuliers se rendent justice eux-mêmes dans une large mesure, un litige privé n'est pas considéré comme une atteinte à la paix sociale et n'intéresse pas la discipline. « On considère comme une remarquable preuve du développement précoce de l'esprit juridique chez les Romains, le fait que leurs rois se comportaient déjà comme des arbitres investis d'une autorité publique » (55).

Mais cette esquisse de l'évolution dont procède le juge public n'est valable que pour le contentieux des procès privés. Quand le développement de la vie administrative amène un contentieux entre les administrés et l'administration, c'est-à-dire un contentieux administratif, le passage de l'autorité disciplinaire à la justice publique ne va pas pouvoir s'opérer de la même façon. Sans doute longtemps les questions vont-elles être réglées disciplinairement par la voie gouvernementale. Mais d'autres éléments vont agir :

- 1) L'analogie du contentieux privé déjà constitué à l'époque où se crée le contentieux administratif exerce une attraction d'autant plus forte que le milieu juridique est plus cultivé;
- 2) La préoccupation de dire le droit vient à la rescousse;
- 3) « Néanmoins, ni les analogies tirées du droit privé, ni les spéculations sur la juridiction n'eussent suffi à opérer la transformation de cette autorité en le juge public que nous connaissons » (56).

Il fallait autre chose : la lente ascension du juge qui s'est produite de la justice retenue par le gouvernement à la justice déléguée par le peuple. *En l'occurrence, le régime représentatif et le développement de l'idée démocratique ont joué un rôle considérable.* Sans doute l'histoire du juge administratif se complique-t-elle en France par l'existence du rouage supplémentaire entre le chef du gouvernement et le peuple; le ministre qui a tenté et réussi momentanément à attirer à lui la justice la transformant ainsi en justice privée au sens où les justices féodales étaient privées. Mais il parut vite « inadmissible que le ministre soit considéré comme ayant statué en premier ressort au nom de la hiérarchie administrative... alors que le Conseil statue en appel au nom du Peuple français parce que, en premier ressort comme en appel, il doit être statué au nom du même pouvoir » (57). *C'est donc le développement de l'idée démocratique qui a permis l'abandon de la justice retenue.*

(54) Les éléments du contentieux, p. 3.

(55) Les éléments du contentieux, p. 150.

(56) Les éléments du contentieux, p. 152.

(57) Les éléments du contentieux, p. 155.

Or, selon le Doyen Hauriou, le retard qu'a pris le droit administratif en raison même des données de son histoire en explique les particularités : notamment la décision exécutoire avec son privilège très administratif du préalable qui constitue pour lui la clef du droit administratif français (58).

A propos de la loi de 1900 sur le silence de l'administration, le Doyen Hauriou revient sur ce problème. « Pour comprendre la partie de cette question, il faut connaître l'histoire des procédures primitives » (59). Les instances judiciaires lui apparaîtront comme une transformation d'arbitrages. A mesure que l'arbitre primitif devient un juge public, le défendeur sera obligé d'accepter le compromis de l'instance mais l'instance ne pourra être liée que s'il comparaît devant le juge de telle sorte qu'il n'y a pas de condamnation par défaut. Pour le Doyen Hauriou, la procédure du défaut constitue un progrès énorme car elle marque une soumission des individus les plus puissants au régime de droit. « Il est peut-être irrévérencieux de comparer la mentalité d'une administration centralisée et bureaucratique à celle des chefs des peuples primitifs, pourtant on y constate la même susceptibilité vaniteuse et la même impatience du frein extérieur » (60).

L'histoire globale du droit administratif français explique donc la complexité et la spécificité de ce droit. De même, Hauriou utilise l'histoire dans le cadre de chapitres particuliers du droit administratif; il éclaire par l'histoire nombre de points particuliers demeurés jusqu'alors obscurs.

B. — L'UTILISATION DE L'HISTOIRE DANS DES CHAPITRES PARTICULIERS.

Les exemples d'utilisation de l'histoire abondent dans cette œuvre riche et multiforme. Fidèle à notre méthode initiale, nous ne multiplierons pas les exemples fastidieux et nous limiterons nos développements aux exemples typiques. On en aperçoit essentiellement deux :

- L'histoire du commerce juridique (a) ;
- L'histoire du développement du recours pour excès de pouvoir (b).

Mais la schématisation nécessaire de ces développements ne doit pas faire oublier le fourmillement continuuel d'éléments historiques dans les moindres des développements administratifs d'Hauriou. On

(58) En l'espèce il considère que la décision exécutoire avec ses privilèges s'explique par les origines de la juridiction administrative avec l'histoire du ministre-juge administrateur qui possède les foudres judiciaires et en particulier ces privilèges proprement judiciaires.

(59) Précis de droit administratif, 11^e édition, p. 366.

(60) Précis de droit administratif, 11^e édition, p. 367. On retrouve aujourd'hui des pages d'un style à peine moins féroce au service d'idées analogues : par exemple, « Le Huron au Palais-Royal », D. 1962, 7 février, par M. RIVERO.

en donnera deux exemples rapides pour éviter de donner une image trop sommaire d'un auteur très vivant.

Le premier exemple réside dans une remarque que Maurice Hauriou fait à propos de la personnalité des associations : La petite personnalité dont le type est donné par l'article 6 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relatif aux associations déclarées comporte le droit d'ester en justice, d'acquérir à titre onéreux de posséder et administrer des cotisations, le local destiné à l'association, les immeubles strictement nécessaires à l'accomplissement du but. Mais elle ne comporte ni la capacité d'acquérir des immeubles à titre onéreux au-delà des besoins, *ni de recevoir des libéralités*. Ce dernier élément permet à Hauriou de faire un brillant parallèle avec les biens de mainmorte qui dans l'Ancien Régime s'étaient multipliés de façon excessive. Il fait l'histoire de la lutte de l'administration contre ces biens et il interprète la paralysie de toutes les réformes législatives relatives à la reconstruction des groupements, associations et fondations *comme traduisant une peur de la mainmorte* (61).

Cette peur traditionnelle de la mainmorte explique l'incapacité absolue de recevoir des libéralités qui caractérise la petite personnalité, explique également la nécessité de l'autorisation du gouvernement pour l'acceptation des libéralités lorsque la grande personnalité donne capacité pour les recevoir; explique enfin les taxes de biens de mainmorte qui frappent tous les établissements, le droit d'accroissement et la taxe sur le revenu qui frappent spécialement les congrégations et associations religieuses (62).

Le second exemple est emprunté à la théorie du domaine : Hauriou constate que depuis le commencement du XIX^e siècle une grande transformation s'est produite dans la manière d'être du domaine public. Aux anciens objets qui paraissent n'être destinés que par des événements naturels, d'autres se sont ajoutés qui sont évidemment affectés par des décisions administratives et qui ne peuvent être conservés et même ne peuvent produire leur pleine utilité que par l'intervention constante d'un service administratif (voies ferrées, bâtiments publics, etc.). Ainsi les dépendances du domaine public sont devenues la chose des services. « Le droit ne pouvait manquer de traduire en une théorie ces faits nouveaux. Il a alors élaboré la conception d'un domaine public devenu propriété fiduciaire des services administratifs ... et il a interprété la règle de l'inaliénabilité comme une incapacité d'aliéner au détriment de l'affectation. En même temps, il a étendu la domanialité publique à toute chose affectée au service

(61) Ce qui est probablement excessif ; bien d'autres facteurs ont joué et notamment le principal qui est l'hostilité de la tradition révolutionnaire aux corps intermédiaires.

(62) Hauriou estime d'ailleurs que cette peur est exagérée et qu'il faut bien, tout en respectant la sécurité politique et la prospérité économique de l'Etat, que les associations puissent remplir leur rôle social nécessaire, « C'est affaire de transaction et de juste milieu », Précis de droit administratif, 11^e édition, p. 273. Il préconise donc thèse et équilibre. Une de plus.

public alors même qu'elle ne serait pas directement à l'usage du public » (63). C'est donc cette conception du domaine public, propriété administrative affectée à l'utilité publique et au service public que le Doyen de Toulouse avait adoptée. *Seule l'histoire des faits lui avait permis, on l'avait vu, le premier* (après Barkhausen mais *beaucoup mieux*) *de construire la théorie moderne du domaine public*. Ces deux exemples ayant tendu à prouver la manipulation systématique de l'histoire dans l'œuvre de l'illustre Maître, il convient d'exposer les deux exemples les plus typiques d'utilisation de l'histoire dans des chapitres partiels.

a) *L'histoire du commerce juridique.*

Dans ses « Principes de droit public » (64), il expose longuement l'histoire du commerce juridique, explicative de la richesse et de la vie de cette notion. Or, cette notion lui semble être une des bases — il en est d'autres — du droit administratif français. En premier lieu, en sept pages saisissantes, il fait l'histoire du commerce et des courants commerciaux depuis le monde antique (il remonte à 4.000 ans avant Jésus-Christ) en passant par le Moyen Age et l'époque révolutionnaire jusqu'au ^{xx}e siècle. Dans un défilé éblouissant, les Chamites et les Chaldéens, Assurbanipal et Nabuchodonosor, les Phéniciens et les Egyptiens, les Hittites, les Dardaniens, Troyens et Tyriens, la belle Hélène, Ramsès II et Ramsès III, Rome et Carthage, Venise et Gênes, villes, personnages et civilisations nous sont somptueusement présentés. On se gardera de commenter cet historique partiellement extérieur au sujet.

Mais il convient immédiatement de remarquer que si Hauriou s'est étendu sur l'histoire des courants commerciaux, c'est pour donner au lecteur l'impression qu'il y a « dans le commerce des relations humaines, une force collective, une mécanique tout aussi objective en son genre que celle des institutions politiques quoique montée sur des bases différentes et plus favorables à l'individu » (65).

Ce que Maurice Hauriou veut démontrer, c'est que le commerce est une source historique du droit, source secrète et vivante. Ainsi le commerce économique par ses pratiques et par les nécessités sociales auxquelles il répond « engendre des coutumes juridiques qui reposent elles-mêmes sur des postulats juridiques fondamentaux et qu'ainsi il est véritablement un commerce juridique » (66).

Les usages du commerce créent des règles de détail comme celles du droit maritime ou des contrats, mais ils dégagent aussi des règles générales qui sont à proprement parler les postulats de la justice commutative « de celle qui a pour symbole la balance ». Le commerce juridique a la préoccupation du bilatéral, de l'égalité des prestations entre

(63) Précis de droit administratif, 11^e édition, p. 638.

(64) 1910, 1^{re} édition.

(65) Principes de droit public, 1910, p. 188.

(66) Principes de droit public, 1910, p. 189.

les parties en présence : de là vient la règle d'après laquelle tout travail accompli ou tout service fait mérite salaire; de même la règle de l'enrichissement sans cause, c'est-à-dire sans contrepartie, crée une obligation de reversement; la règle d'après laquelle tout préjudice causé oblige à réparation; la règle d'après laquelle le gérant d'affaire a droit au remboursement de ses impenses, etc.

Ainsi le droit commercial nourrit en permanence le droit civil et le Doyen Hauriou affirme même que « notre droit civil, dans sa théorie des obligations qui lui vient du droit romain classique, n'est qu'un résidu du droit commercial de l'antiquité » (67). Mais si le droit commercial nourrit le droit civil, il est naturel qu'il nourrisse également par l'entremise du droit civil le droit administratif français. En effet, la jurisprudence administrative est arrivée à appliquer vis-à-vis des administrations publiques et au profit des administrés les quatre principes suivants :

- 1) Tout service fait pour le compte de l'administration mérite salaire, même s'il n'y a pas de nomination formelle à un emploi;
- 2) Tout préjudice causé par l'administration dans l'exécution des services publics doit être réparé;
- 3) Toute gestion d'affaires dont a profité l'administration exige un remboursement;
- 4) Toute prestation fournie par l'administré contre contribution apportée par lui à l'exécution des services publics fait de lui un collaborateur de l'administration et « entraîne le contentieux de pleine juridiction qui est essentiellement un arbitrage entre associés collaborant à l'œuvre commune de la satisfaction des besoins humains » (68).

Ainsi pour le Doyen Hauriou, le contentieux de pleine juridiction, c'est le contentieux du commerce juridique.

Or, à la base de toute l'argumentation — droit commercial nourrissant le droit civil nourrissant le droit administratif — *il y a cette idée que le commerce constitue une source historique du droit et devient commerce juridique et droit commercial.* A la base même de la transformation du commerce économique en commerce juridique et droit commercial, *se trouve l'idée d'institutions vivantes avec leurs pratiques et leurs coutumes qui se sont réalisées dans la durée.* En dernière analyse, seule l'évolution historique, somptueusement décrite, a pu donner la vie permanente et concrète au commerce économique devenu droit commercial (69).

(67) Principes de droit public, p. 189.

(68) Principes de droit public, 1910, p. 192.

(69) Tous ces développements méritaient également d'être insérés dans la sous-section I, relative au droit privé. On a cependant préféré les insérer dans le cadre de cette sous-section II, car la référence à l'histoire nous permettait ici de pénétrer plus intimement dans la pensée de l'auteur qui par plusieurs chaînons, commerce économique, commerce juridique, droit civil, la relie au droit administratif. Cette

b) *Histoire du développement du recours pour excès de pouvoir.*

Hauriou consacre de longues pages à cette histoire (70). On la rappellera ici très brièvement. Il estime que l'histoire du recours pour excès de pouvoir peut se diviser en trois périodes :

- Dans la première qui va de 1790 au décret du 2 novembre 1869, la question de l'excès de pouvoir demeure complètement séparée de celle de la violation de la loi;
- Dans la deuxième qui va du décret du 2 novembre 1869 jusqu'en 1906, le recours pour excès de pouvoir s'incorpore le recours en violation de la loi;
- Dans la troisième ouverte depuis 1906, il s'agit de savoir comment s'agenceront au sein du recours les deux notions de l'excès de pouvoir et de la violation de la loi.

1) *De 1790 à 1864.*

Il était normal que la première application du recours pour excès de pouvoir fût le cas d'incompétence puisque la loi des 7-14 octobre 1790 était ainsi conçue « les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs ne sont en aucun cas du ressort des tribunaux; elles doivent être portées au roi chef de l'administration générale ». Commettre un excès de pouvoir signifie d'ailleurs excéder sa compétence.

Mais on s'aperçoit que la notion d'excès de pouvoir ainsi introduite était susceptible d'extension notamment au cas de violation des formes car les formes légales imposées aux actes sont des bornes pour les pouvoirs de l'administration et il excède ses pouvoirs s'il n'observe pas les formes (71).

Jusque là donc l'excès de pouvoir dans les actes d'administration ressemblait à l'excès de pouvoir dans les jugements. Le recours pour excès de pouvoir « s'était simplement modelé », ainsi que le dit Hauriou, sur le recours en cassation et cela d'autant plus facilement à cette époque que les actes d'administration n'étaient point séparés bien nettement des décisions contentieuses.

2) *De 1864 à 1906.*

Le décret du 2 novembre 1864, dans le but ouvertement avoué de développer le recours pour excès de pouvoir, le dispensa du ministère d'avocat et de tous frais autres que les droits de timbre et d'enregistrement. Le Conseil d'Etat comprit parfaitement les intentions avouées du décret.

— D'une part, il observa que les pouvoirs des administrateurs ont un but qui est l'intérêt du service ou la bonne administration et que

construction en chaîne ne manque évidemment pas d'élégance ni de séduction pour l'esprit. Elle est bien dans la manière du Doyen Hauriou.

(70) Précis de droit administratif, 11^e édition, p. 388.

(71) C.E. 28 mars 1808, Dupuy-Briacé comme première manifestation.

si ce but n'est pas respecté, il y a détournement de pouvoir (3^e cas d'ouverture) et l'acte doit être annulé.

— D'autre part, la violation de la loi fut admise comme quatrième ouverture.

Il avait toujours existé, ainsi que le rappelle Hauriou, un recours contentieux en annulation pour violation de la loi lorsque le réclamant pouvait invoquer un droit acquis lésé par la décision illégale. Mais ce recours était distinct du recours pour excès de pouvoir; afin de le faire bénéficier de la dispense des frais et du ministère d'avocat, le Conseil d'Etat eut l'idée de l'intégrer au recours pour excès de pouvoir et de faire de la violation de la loi et des droits acquis une quatrième ouverture. Mais cette intégration allait ouvrir une crise qui devait durer près de quarante ans car cette quatrième ouverture ne présentait nullement les mêmes caractères que les trois autres, notamment sur un point fondamental. Les trois autres cas n'exigeaient pas la condition d'un droit violé concomittante à la condition de la violation de la loi.

Alors la crise commença car on se demanda longtemps si l'on ne devait pas étendre, par souci de cohérence, la condition du droit violé aux autres cas d'ouverture. Ce n'est qu'en 1906, par un arrêt Alcindor (72), que la condition du droit violé fut éliminée de la quatrième ouverture, ce qui permit au recours de rester entièrement objectif.

3) Depuis 1906.

Dès lors se pose, pense Hauriou, le problème d'un nouveau classement des ouvertures au point de vue du fond.

— Ou bien la notion d'excès de pouvoir sera absorbée par celle de la violation de la loi et il ne subsistera en réalité que cette seule ouverture.

— Ou bien l'excès de pouvoir résistera à l'absorption et il se cantonnera dans les ouvertures de l'incompétence *ratione materiae* et du détournement de pouvoir. « Quant à nous, c'est cette perspective que nous envisageons » (p. 389).

Il convient ici de remarquer que ces longs développements concernent un aspect essentiel de l'histoire du recours pour excès de pouvoir et non toute l'histoire du recours pour excès de pouvoir : En effet Hauriou se place du point de vue capital des ouvertures à recours, mais il ne nous parle point de la juridictionnalisation de ce recours considéré pourtant avant la loi de 1872 comme un simple recours hiérarchique : « Le Conseil d'Etat statue souverainement sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives ». Le recours hiérarchique initial porté devant le roi (ou le chef de l'Etat), chef de l'administration générale se transformait ainsi sans conteste en recours juridictionnel.

(72) C.E. 1^{er} juin 1906.

Mais Hauriou a curieusement oublié d'exposer ce point pourtant important (73). Cependant, ses développements historiques sont fort longs. La doctrine moderne ne dédaigne pas l'histoire mais la simple lecture de l'histoire du recours pour excès de pouvoir dans le traité de M. de Laubadère (1963, p. 453) montre que des développements assez sommaires semblent lui suffire (74). Dans le même sens, M. Waline dans son Traité (1963) consacre de très courts développements à l'histoire du recours pour excès de pouvoir.

En sens contraire, cependant, il faut citer MM. Rivero et Vedel qui, dans leurs ouvrages les plus récents (75) dont les développements sur l'histoire du recours pour excès de pouvoir sont beaucoup plus longs, compte tenu de la dimension de ces ouvrages. Dans le cas particulier de M. Vedel, il est même très remarquable que celui-ci reprenne très exactement l'évolution en trois périodes qui appartenait à Hauriou : 1790 à 1864, 1864 à 1906 et de 1906 à nos jours.

Que ces deux auteurs insistent plus sur l'aspect historique et évolutif ne peut nous étonner; ainsi qu'on le verra en troisième partie, ces deux auteurs, après Mestre et M. André Hauriou, ont certainement été les plus influencés par le Doyen de Toulouse (76).

PARAGRAPHE 2

Le droit romain.

L'exposé des utilisations très fréquentes du droit romain pose les mêmes problèmes de méthode que celui des utilisations des disciplines précédentes. Pour éviter des exposés fastidieux et obscurs, le seul moyen est de présenter quelques exemples particulièrement caractéristiques. Mais en même temps, ces exemples-types ne doivent pas annuler la vie, c'est-à-dire permettre d'oublier le fourmillement constant des références aux anciens droits. Qu'il s'agisse de *l'imperium* romain, une des sources de la notion de puissance publique (que le Doyen de Toulouse considère d'ailleurs comme source très partielle) (77), de la procédure électorale qui nous vaut une comparaison avec

(73) Nous lui reprochons ici non d'avoir oublié le problème qu'il a longuement exposé dans « Les éléments du contentieux », brochure 1905 (et analysée dans cette même section, voir *supra*) mais de ne pas avoir exposé le problème dans le cadre de l'histoire du recours pour excès de pouvoir où il avait logiquement sa place.

(74) M. de Laubadère complète très bien Hauriou sur ce point car s'il ne se place pas comme le faisait le Maître de Toulouse du point de vue des cas d'ouverture, il se place du point de vue de la juridictionnalisation du recours. Les deux auteurs se complètent sur ce point de la façon la plus utile. Hauriou avait d'ailleurs bien vu le problème mais dans un autre ouvrage (voir note précédente).

(75) Précis de M. Rivero, p. 196 et Manuel de M. Vedel, pp. 64 et 390 à 392.

(76) Voir troisième partie, chapitre I, section I, sous-section II.

(77) Principes de droit public, 1910, p. 79.

la déclaration de candidature à Rome (78), des services municipaux de lutte contre l'incendie qui entraîne le rappel que les pompiers ont peut-être été dans l'antiquité aux sources de l'institution royale (79), du caractère originellement injurieux de toute contestation judiciaire (80), qu'il s'agisse encore de la responsabilité des communes en cas d'émeutes qui permet à l'auteur de remonter aux capitulaires de Charlemagne et au Code d'Hammourabi (81) ou enfin de la comparaison des obligations du fonctionnaire avec celles des curiales du Bas Empire (82), toutes ces remarques sont très cursives et ne méritent pas de développements approfondis. *Elles sont évocatrices, elles ne sont pas explicatives.*

Par contre, certains exemples caractéristiques peuvent être donnés d'une utilisation substantielle du droit romain :

- l'influence des institutes en matière de classification du droit (A) ;
- l'utilisation du formalisme romain (B) ;
- le droit romain et la théorie de la responsabilité (C).

A. — L'INFLUENCE EXERCÉE PAR LES INSTITUTES EN MATIÈRE DE CLASSIFICATION DU DROIT ADMINISTRATIF.

Les développements qui vont suivre sont une transposition d'un article extrait de la « Revue critique de législation et jurisprudence » (1887) intitulé « Note sur l'influence exercée par les institutes en matière de classification du droit ». Hauriou ne s'était donc pas préoccupé du droit administratif. Mais il est hors de doute que cet article a exercé une influence profonde sur son auteur pour autant que la lecture de la table des matières des premières éditions du Précis permet de le supposer.

L'objet de Maurice Hauriou dans cet article était de dresser une sorte de catalogue dont le plan est inspiré de celui des institutes de Justinien. Explorant la littérature juridique des derniers siècles à partir du seizième, Hauriou avait été frappé par le nombre considérable d'ouvrages dont le plan était calqué sur celui des institutes, en particulier en droit administratif l'ouvrage de Bathie; par ailleurs, la classification du Code civil avait reproduit à peu de chose près la distribution des matières du manuel byzantin. *Le plan des institutes repose sur une division tripartite saisissante.* Toutes les règles du droit civil sont groupées sous trois rubriques : les personnes, les choses, les actions. *Sous la rubrique personnes*, sont les règles sur l'état des personnes et celles sur les institutions de famille comme la puissance paternelle, le mariage, la tutelle, la curatelle. *Sous la rubrique choses*, sont les règles sur la division des choses, sur les droits

(78) Notes d'arrêts, I, p. 262.

(79) Notes d'arrêts, I, p. 327.

(80) Notes d'arrêts, I, p. 403.

(81) Précis de droit administratif, 11^e édition, p. 335.

(82) Précis de droit administratif, 11^e édition, p. 592.

réels, enfin sur les modes d'acquérir à titre particulier et à titre universel. *Sous la rubrique actions*, sont les règles relatives à la violation des droits déjà passés en revue.

« La classification des institutes se retrouve dans le Code civil, mais pas tout entière. La plus grosse modification qui saute aux yeux est la disparition du titre des actions. Voilà une matière qui a fondu complètement; moitié s'en est allée aux livres des personnes et des choses, moitié au Code de procédure » (83).

Or, cette classification justinienne semble avoir exercé par-delà le Code civil une influence sur la classification des matières administratives dans les premières éditions du Précis de droit administratif.

Ainsi dans l'édition de 1892, qui est la première, on trouve que le livre I^{er} est relatif aux personnes administratives; le livre II étant relatif aux droits des personnes administratives (titre I : personnes publiques; titre II : personnes privées), c'est-à-dire aux droits de police considérés comme appropriés par les gouvernants (et donc « chosifiés ») et aux choses proprement dites qualifiées de droits pécuniaires de la puissance publique (domaine public par exemple); des développements finaux étant enfin consacrés au contentieux administratif (les *actions*, c'est-à-dire les recours et les juridictions).

Ainsi Maurice Hauriou, dans sa première édition, avait-il mieux respecté que le Code civil la classification tripartite puisque le Code civil n'avait pas inclus le troisième terme, les actions, et que le futur Doyen Hauriou les avait incluses comme axe fondamental d'exposé. Il en est très exactement de même dans la deuxième édition (1893) et dans la troisième édition (1897). Ce n'est qu'en 1901 (4^e édition) que les modifications interviennent tout en respectant les apparences, mais seulement les apparences, du plan précédent. En effet, en 1901, il scinde les actions en deux :

— les actions proprement dites sont rattachées à la théorie de la décision exécutoire et de l'acte d'administration;

— le contentieux est exposé en fin d'ouvrage.

Mais l'auteur maintient la distinction des personnes administratives (livre II) et des droits de ces personnes (livre III).

On ne peut déceler aucun changement en 1903 (5^e édition); c'est en 1907 que le Doyen Hauriou termine de bouleverser son plan des premières éditions puisqu'on ne trouve plus de partie proprement consacrée aux personnes, la théorie des actions continuant d'être scindée en deux conformément aux modifications de 1901. Les 8^e, 9^e, 10^e et 11^e édition ne modifient en rien les bouleversements survenus (84).

Ainsi, un point est acquis : durant les dix premières années environ de son enseignement du droit administratif, Maurice Hauriou a formé des générations d'étudiants à partir de la vieille classification des institutes de Justinien. Il est clair que ses origines de privatiste

(83) Article précité, pp. 17 et 18.

(84) C'est aussi en 1907 que le Doyen Hauriou termine la première élaboration de la théorie de l'institution.

et plus encore de romaniste expliquent ce fait, l'article précité sur les institutés constituant l'indice du grand intérêt que cinq ans avant la première édition du Précis, le futur grand Doyen accordait à cette classification.

B. — L'UTILISATION DU FORMALISME ROMAIN.

Cette utilisation constitue une preuve supplémentaire de sa prédilection pour le droit romain.

On étudiera, à titre d'exemple, la contribution du droit romain au procès.

Si le procès est un des cas particuliers de l'opération à procédure, on ne s'étonnera pas de trouver encore le droit romain au détour du chemin.

Selon Hauriou, tout procès administratif ressemble au procès primitif, le droit administratif lui-même étant considéré comme un droit primitif (567). Il en est ainsi par exemple du conflit positif qui voit se reproduire l'artifice dont les vieux Romains se servirent dans le *Sacramentum* pour saisir le juge civil de leurs litiges. Hauriou interprète le conflit positif comme un pari, sans doute démuné de serments, mais accompagné de formes solennelles entre le préfet et le tribunal judiciaire. Le préfet dit au tribunal « J'affirme ... que l'autorité administrative est compétente ». Le tribunal réplique « J'affirme que l'autorité judiciaire est compétente; le préfet élève le conflit ... et le tribunal des conflits valide ou annule l'arrêté du préfet tout comme le juge romain déclarait *justum* et *injustum* le *sacramentum* du demandeur » (85).

De même, le procès administratif ordinaire, c'est-à-dire la réclamation du particulier contre l'administration s'expliquera par les données formalistes. Dans toute instance, en particulier dans l'instance administrative, il y aura deux phases : celle de l'organisation du procès et celle du jugement. « Jamais la distinction des deux phases ne fut plus nette qu'à Rome pendant tout le temps que régna l'ordre *judiciorum*, c'est-à-dire l'attribution du jugement des affaires à un jury civil après une instruction préalable faite soit par les parties elles-mêmes avec le concours du magistrat à l'époque des *legis actiones*, soit par le magistrat avec le concours des parties à l'époque formulaire » (86). L'instance devant le magistrat était consacrée aux paroles sacramentelles prononcées par les parties : il s'agissait du choix de l'action et des moyens de défense. Dans la seconde phase, le demandeur n'avait plus que le droit d'obtenir du juge la condamnation de son adversaire si ses affirmations étaient reconnues fondées.

Tout ceci paraît ressembler au procès administratif, la décision administrative préalable aux instances devant se rattacher à la phase de l'instruction et de l'organisation du litige « qui ne requiert des

(85) « Les éléments du contentieux », p. 25.

(86) « Les éléments du contentieux », p. 83.

autorités qui interviennent que des pouvoirs de magistrature ou d'ordonnance et non des pouvoirs de jugement » (article précité, p. 85). *En conséquence, l'administration qui, dans ces conditions, prend une décision exécutoire n'est pas un juge pas plus que le vieux Romain qui mettait en mouvement la « manus injectio ».* Il ne s'agit donc que d'un acte administratif ordinaire combiné, il est vrai, au privilège du préalable. Mais ce privilège ne trouble en rien le raisonnement puisqu'il affecte toutes les décisions administratives.

Ainsi, grâce à l'utilisation du droit romain, se trouve expliqué l'abandon de la théorie du ministre-juge et son remplacement par la théorie moderne, le ministre n'apparaissant plus dans cette théorie que dans son aspect de particulier ordinaire vieux Romain qui se trouve en même temps — mais ce n'était pas logiquement inévitable — possesseur du privilège du préalable.

Sans doute des objections naissent-elles et en particulier pourrait-on faire remarquer que le particulier romain était demandeur, alors que l'administration est défenderesse et que le demandeur est l'administré. Mais cette objection ne serait sûrement pas valable aux yeux d'Hauriou pour deux raisons.

D'abord, le droit romain est utilisé à titre de suggestion et on a vu que Maurice Hauriou n'adopte pas une attitude servile à l'égard du droit romain. Il en utilise ce qui est utilisable, rejetant le reste.

Ensuite, il convient de rappeler une fois de plus que la logique interne d'une théorie importe peu à Hauriou qui ne raisonne pas dans l'abstrait et défend toujours l'idée que les théories sont au service de la vie. En l'espèce, sa théorie explique l'abandon de la théorie du ministre-juge. *Il ne faut pas lui en demander plus. Maurice Hauriou avait horreur des juristes de cabinet.*

Une utilisation semblable du droit romain se vérifiera au niveau de la théorie de la responsabilité.

C. — LA CONTRIBUTION DU DROIT ROMAIN A LA THÉORIE DE LA RESPONSABILITÉ.

Ces développements constitueront partiellement un rappel des développements consacrés à la responsabilité dans la première partie. On se souvient que Maurice Hauriou avait navigué de la faute civile au risque en revenant ensuite à une notion de faute mais de faute administrative.

On pourrait imaginer que l'utilisation du droit romain a correspondu à une des phases de sa réflexion et qu'elle ne s'est pas étendue aux autres. Autrement dit, dans la tension faute- risque, on pourrait imaginer que l'utilisation du droit romain s'est limitée à l'un des deux pôles de la tension. *En fait, il n'en est rien, l'utilisation du droit romain a été constante dans toutes les phases de la réflexion.*

Il n'est pas étonnant que le droit romain, inspirateur du droit civil, ait lui-même inspiré les premiers développements d'Hauriou

relatifs à une conception civile de la faute. Ainsi, à titre d'exemple, on peut rappeler la référence cursive que l'auteur fait au droit romain dans la première édition du Précis, en 1892. « Le fonctionnaire fait l'acte sien dans le sens où l'on disait à Rome du juge prévaricateur *litem suam fecit* » (87). Les exemples pourraient être multipliés.

Dans la seconde phase de la pensée d'Hauriou, la défense de la théorie du risque est très nette. Comment justifie-t-il le renversement de ses positions. Sa note, sous l'arrêt Lepreux (88), fournit une réponse intéressant nos développements. « La théorie des fautes correspond à un état social et à des modes d'activité que le droit romain avait parfaitement caractérisés sous le nom d'activité de *pater familias* » (note précitée). Cela s'explique par le fait que, dans cette perspective, un individu est chef d'une exploitation assez restreinte pour qu'il puisse en surveiller lui-même tous les détails.

L'exploitation n'excède pas les forces de sa personnalité ni de sa *diligentia*. Dans cette perspective, la responsabilité doit être appréciée d'après les normes les plus sévères de *maximum de diligence*. « Le *pater familias* n'est pas responsable comme chef d'une entreprise car cette entreprise s'absorbe dans sa personnalité; il est responsable comme sujet humain » (note précitée).

En somme, cette théorie des fautes serait valable pour les entreprises de dimensions modestes. Ceci explique que cette théorie ait traversé les siècles mais le développement de la grande industrie devait faire apparaître son insuffisance.

« Il est évident que la grande entreprise est incompatible avec la théorie des fautes » (note précitée). D'une part, en effet, il est impossible à un homme de surveiller une pareille exploitation. D'autre part, ces grandes entreprises sont des sociétés d'actionnaires et donc il n'y a plus de *pater familias*. « En réalité, ce n'est plus le patron qui surveille, c'est l'entreprise qui se surveille elle-même; il s'établit des règlements d'atelier ou d'usine... ». Tout ceci explique qu'on ne puisse plus envisager la faute comme cause du préjudice et que le préjudice doit, en lui-même, être considéré comme un accident et la réparation du préjudice comme une des charges globales de l'entreprise. La conséquence doit être double :

— d'une part, Hauriou propose d'appliquer avec conscience la loi de 1898 sur les entreprises industrielles;

— d'autre part, il pense qu'il faudrait étendre à l'administration publique la théorie générale du risque.

A un esprit superficiel ou tout au moins non prévenu des évolutions d'Hauriou, la théorie du risque constitue un progrès sur la théorie de la faute, de même que sur le plan de la rationalité économique la grande entreprise constitue parallèlement un progrès sur l'entreprise du *pater familias*. Le progrès est parallèle et semble-t-il être

(87) Première édition, p. 66.

(88) C.E. 13 janvier 1899, S. 1900, III, p. 1. Notes d'arrêts, I, p. 515.

identique. Mais, comme on l'a déjà vu (89), il existe une troisième phase de la pensée d'Hauriou, le retour à la théorie de la faute, mais à une faute proprement administrative (en 1905). *Or, dans sa défense nouvelle de la théorie de la faute, Maurice Hauriou utilise encore le droit romain de façon très cohérente et très peu paradoxale malgré les apparences.* La théorie des fautes lui apparaît désormais préférable pour une série de raisons techniques que nous avons déjà données mais elle lui paraît se défendre également parce qu'elle est plus raffinée et moins primitive que la théorie du risque. Plus raffinée parce que « dans les conditions de la vie agricole et bourgeoise qui étaient celles du droit romain, elle représente une solution très perfectionnée de la responsabilité. D'un autre côté, les accidents du travail constituent une matière neuve; si nous envisageons l'industrialisation comme une nouvelle ère de l'humanité, il faut bien convenir que nous ne sommes qu'à ses débuts et que les solutions des problèmes juridiques qu'elle soulève ont encore quelque chose de primitif » (90). *Pour Hauriou, nous sommes victimes d'une illusion en pensant que la théorie du risque est plus perfectionnée que la théorie des fautes.*

Ici, le renversement est assez net. Alors que dans la phase de défense de la théorie du risque, le droit du travail de 1898 paraissait en progrès sur le droit romain, *de même que la grande entreprise constituait un progrès sur la petite, dans cette nouvelle phase, sans juger que la grande entreprise est une régression par rapport à la petite, le Doyen Hauriou estime que la théorie plus brutale, moins fine que celle de la faute est plus primitive. On saisit à ce stade de l'analyse tout l'amour que le Maître de Toulouse a pour le droit romain, droit raffiné, droit de haute civilisation, source féconde de tous les droits futurs.*

*
**

L'utilisation fréquente et passionnée du droit romain et de l'histoire du droit vient ici très utilement compléter celle du droit privé et s'inscrire dans la vaste conception d'ensemble qui conduit Hauriou à préférer le droit privé en même temps qu'à considérer objectivement que le droit privé est supérieur au droit public, de même que la vie privée est supérieure et antérieure à la vie publique. Mais de cette supériorité sociologique et juridique incontestable, Hauriou ne tire pas la conclusion de l'inutilité du droit public. Le droit constitutionnel lui-même qui prend sa source dans le statut de la propriété et de la famille s'explique à la source par ces statuts et existe pour être au service de leur maintien. *Il faudra donc lui donner les moyens de conserver ce qui existe.* Plus la puissance publique possèdera des moyens décisifs, mieux le monde supérieur et antérieur de la vie privée pourra être conservé. De là, la grande importance que le Doyen Hauriou atta-

(89) Première partie, chapitre III, section III.

(90) Note sous l'arrêt Tomaso Greco, C.E. 10 février 1905, S. 1905, III, p. 113, notes d'arrêts, I, p. 529.

chait au droit constitutionnel et à la notion de puissance publique. *C'est paradoxalement, parce qu'il estimait le monde privé supérieur, qu'il s'est acharné à démontrer la supériorité de la puissance publique.* Comment dès lors s'étonner de l'utilisation constante dans son œuvre administrative de notions de droit constitutionnel envisagées par lui au sens large de notions politico-constitutionnelles ?

SECTION II

LE DROIT CONSTITUTIONNEL ET LA SCIENCE POLITIQUE

Les deux disciplines de droit constitutionnel et de la science politique sont constamment liées dans chacune des analyses d'Hauriou.

Il ne semble d'ailleurs pas pratiquer de distinction logique entre ces deux disciplines. Pour lui, l'ordre social, c'est l'ordre constitutionnel et il n'aurait probablement jamais compris l'existence de ce que M. le Professeur Burdeau a qualifié un jour avec humour de « querelle des Saints » songeant à la rue Saint-Jacques et à la rue Saint-Guillaume (91).

Mais il faut bien s'entendre au préalable sur l'utilisation par Hauriou du droit constitutionnel.

Il est clair que de nombreux auteurs reconnaissaient et reconnaissent, aujourd'hui, que des éléments de droit constitutionnel sont indispensables au droit administratif au moins en ce qui concerne certains chapitres. Si donc Hauriou s'était limité à ce genre de constatation et d'utilisation, sa méthode ne représenterait pas une source très féconde ni très originale. Comment peut-on traiter de la décentralisation, de la loi et du règlement ou de l'acte de gouvernement sans référence constitutionnelle ?

Mais précisément, la spécificité de la méthode d'Hauriou a consisté à avancer au delà du terrain habituel de rencontre du droit admi-

(91) Ce point n'intéresse pas directement notre sujet. Aussi ne l'approfondissons-nous pas dans le cadre de cet ouvrage. Une analyse de ce genre prendra place dans un ouvrage en préparation sur Maurice Hauriou constitutionnaliste et sociologue.

Ce qu'il convient pourtant dès maintenant de souligner c'est que Maurice Hauriou avait une vision très moderne du droit constitutionnel. Il est faux de dire que jusqu'en 1945 les constitutionnalistes ne se soient jamais préoccupés que de l'aspect le plus étroitement juridique du droit constitutionnel. Ainsi Barthélemy avait-il longuement et minutieusement analysé la vie parlementaire. Mais la caractéristique du droit constitutionnel moderne réside dans l'analyse sociologique des forces politiques, des tendances de l'opinion publique, etc... Or cet aspect avait été entrevu par Maurice Hauriou qui insistait sans cesse sur « les forces politiques vivantes ». Sans doute sur ce point ses analyses restaient-elles superficielles. Mais au moins avait-il entrevu l'avenir. Nous retrouvons une fois de plus la prédilection de Maurice Hauriou pour la sociologie. Le « droit pur » n'existe pas pour lui (voir chapitre préliminaire de cette deuxième partie).

nistratif et du droit constitutionnel. C'est ainsi, par exemple, qu'il fut le seul à donner des bases constitutionnelles à la théorie de la faute de service.

On peut donc, sans excès d'arbitraire, grouper en deux catégories les utilisations du droit constitutionnel par le grand Doyen.

— Les unes sont exigées par la nature des choses. Il existe des matières mixtes par nature (Sous-section I).

— Les autres constituent un aspect spécifique de la méthode d'Hauriou. Elles constituent des matières généralement non fécondées par le droit constitutionnel (Sous-section II).

Il faut toutefois préciser que cette présentation des deux catégories d'utilisation ne doit pas induire en erreur. L'originalité de la contribution d'Hauriou n'est pas limitée à la deuxième sous-section. *Même les matières généralement explorées par le droit constitutionnel sont marquées de son sceau. Ses analyses, même dans ce cas, demeurent originales.*

SOUS-SECTION I

L'APPLICATION DU DROIT CONSTITUTIONNEL A DES MATIÈRES MIXTES PAR NATURE

Les matières mixtes par nature sont très étendues. Cependant, on ne les analysera pas toutes pour éviter les descriptions fastidieuses. On en écartera certaines pour deux raisons essentielles :

— La première étant qu'elles ont pu être analysées ailleurs sous un autre angle et qu'une seconde analyse constituerait une répétition. Ainsi, par exemple, de la décentralisation.

— La seconde s'explique par la simple constatation que Maurice Hauriou n'a pas été original sur tous les points. Ainsi, par exemple, sa conception du règlement ne mérite pas une mention spéciale.

Sont donc exposées ci-dessous quelques analyses marquées par la profonde originalité de leur auteur dans l'utilisation du droit constitutionnel (92).

On étudiera successivement :

§ 1. La primauté de l'exécutif.

§ 2. L'exécutif et la loi.

§ 3. L'exécutif et l'acte administratif.

§ 4. Les services économiques municipaux.

(92) Et de la science politique. Puisque la différence n'existe pas pour Hauriou on utilisera indifféremment le terme de droit constitutionnel ou de science politique.

PARAGRAPHE 1

La primauté de l'exécutif.

On sait déjà tout l'intérêt que Maurice Hauriou attachait à la notion de puissance publique (93). Pour affirmer la primauté de l'exécutif, il lui fallait contester fortement la thèse révolutionnaire de la souveraineté nationale qui tendait à qualifier le pouvoir exécutif « non pas d'un point de vue politique, mais d'un point de vue purement juridique, à le situer non pas dans le plan réel de la vie gouvernementale, mais dans un certain plan idéal de l'état de droit » (94).

Cette conception partait du postulat idéal que le fonctionnement de l'Etat devant être entièrement subordonné au droit et à la loi se ramène aux deux opérations suivantes :

- 1) la législation par un pouvoir législatif;
- 2) l'exécution de la loi par un pouvoir exécutif.

Dans cette perspective, le pouvoir exécutif est subordonné étroitement au pouvoir législatif et l'on arrive inévitablement à la conclusion que l'exécutif n'est qu'un pouvoir commun qui ne peut être qualifié de représentant autonome de la nation.

Cette conception qui provient de Rousseau et « des chapitres éperdument métaphysiques » du livre II sur la souveraineté, sur la volonté générale et sur la loi fut accueillie par les révolutionnaires avec enthousiasme. L'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme définit la loi comme expression de la volonté générale. La Constitution de 1791 admet deux représentants de la nation : le corps législatif. Cette énumération donne la primauté au pouvoir législatif. La Convention réalise cette doctrine en confiant le pouvoir exécutif à ses comités et ses commissaires et la Constitution de l'An III fait de l'exécutif une simple agence directoriale.

Or, pour le Doyen Hauriou, « les faits se sont chargés d'apporter une réfutation expérimentale en ce sens que si l'on envisage le droit constitutionnel comparé, on n'aperçoit pas que, depuis un siècle, le pouvoir exécutif ait perdu du terrain. Il en aurait plutôt regagné en beaucoup de pays » (95).

Mais le Doyen Hauriou tente aussi de faire une réfutation doctrinale. Au fond, pour lui, la construction juridique de la souveraineté repose sur le postulat que le fonctionnement de l'Etat se présenterait comme un gouvernement par la loi. Il y aurait dans cette perspective :

- une émission de règles générales délibérées sous forme de loi;

(93) Première partie, chapitre I, Introduction.

(94) Précis de droit constitutionnel, 1923, p. 444.

(95) Précis de droit constitutionnel, 1923, p. 445.

— une exécution de ces règles générales par des décisions exécutives particulières.

Or, ce postulat lui semble erroné en ce qui concerne le gouvernement politique. Peut-être les affaires administratives présentant peu de nouveauté et une urgence modérée peuvent à la rigueur attendre la confection des lois. Et cette restriction n'est même pas très convaincante. Au moins, les matières gouvernementales nouvelles et urgentes ne peuvent attendre la lente et inefficace délibération législative. Ainsi le fonctionnement politique de l'Etat se présente-t-il comme un gouvernement par « la décision exécutive rapide » qui, après coup, peut être redressée par la loi mais qui, en attendant, vaut par elle-même. « Revenons avec Montesquieu à la réalité politique et définissons le gouvernement comme une puissance exécutrice des choses, spécialement de la chose publique... Le salut de la chose publique exige que ses décisions vaillent par elles-mêmes jusqu'à leur soumission à la loi » (96).

Ainsi pour fonder la suprématie de la notion de puissance publique, notion fondamentale dans sa conception du droit administratif, Hauriou n'hésite pas à critiquer la théorie selon lui fallacieuse de la souveraineté nationale. Il faut bien cependant reconnaître que sa critique — quoi qu'il en dise — n'est pas théorique mais repose sur l'observation quotidienne de la vie gouvernementale (97).

Il est par ailleurs intéressant de noter que le Doyen Hauriou se rencontre ici avec Duguit. Brève rencontre, s'il en fut, puisque Duguit est très hostile à la théorie de la souveraineté nationale, précisément pour détruire le prestige et la prééminence de l'exécutif ! C'est ainsi que M. Langrod, dans son intervention au Congrès Léon Duguit (98), remarque que les réflexions du Sage de Bordeaux au sujet de la faille du système fondé sur le concept de souveraineté en rapport avec la nécessité d'activer la mission publique conçue en tant que devoir... ont une portée incomparable. C'est bien en effet dans la volonté de magnifier les buts et les fonctions et de diminuer les pouvoirs de domination que Duguit avait critiqué la théorie de la souveraineté. C'est exactement dans un but opposé que le Doyen Hauriou l'avait lui-même critiqué. Mais cette contradiction s'explique probablement par l'ambiguïté des théories de la souveraineté et de Rousseau lui-même. On ne s'étendra pas sur ce point, mais les historiens des idées politiques nous ont appris toutes les polémiques engendrées par la pensée de Rousseau : tenant de l'absolutisme pour les uns, ardent initiateur de la liberté pour les autres (99).

(96) Précis de droit constitutionnel, 1923, p. 446.

(97) Hauriou fait une critique plus théorique de la délégation de souveraineté et il propose de lui substituer sa théorie de l'investiture. Mais cette analyse est exclusivement constitutionnelle et ne méritait pas sa place ici. Par contre, elle a été exposée en Introduction, section II, paragraphe 5.

(98) L'influence des idées de Léon Duguit sur la théorie générale du droit, p. 130.

(99) Sur ce point, les développements du Professeur Jean-Jacques Chevalier

Quoi qu'il en soit de ce débat, on peut conclure que la prééminence accordée par le Doyen Hauriou à la notion de puissance publique en droit administratif français est elle-même adossée à une critique d'ordre constitutionnel fondée sur la réalité de la vie gouvernementale.

L'interprétation de la réalité politique lui fournira aussi les bases de sa théorie des principes généraux du droit.

PARAGRAPHE 2

L'exécutif et la loi.

La latitude gouvernementale dans l'exécution des lois et notamment le problème de leur suspension par décret formeront le corps de ces développements.

A. — Le problème essentiel qui se pose et dont la solution initiale commande toutes les autres est celui de la latitude dont le gouvernement peut disposer dans l'application des lois. Or Hauriou, sur ce point, ne semble pas avoir une position définie ni bien construite. Sans doute dans son Précis de droit constitutionnel (100) estime-t-il que l'exécutif a l'entière liberté d'appliquer ou de ne pas appliquer la loi. Cette position est nette (101). Mais l'hésitation naît à la lecture du Précis de droit administratif (102). Dans cet ouvrage, l'auteur affirme que la doctrine selon laquelle le pouvoir exécutif peut à son gré appliquer ou ne pas appliquer des lois de police spéciale, laisser s'établir par une inertie et une tolérance que l'on peut prendre pour une renonciation des situations de fait contraires à la loi puis brusquement balayer ces situations de fait par une subite évocation de la loi, est confirmée par l'histoire des décrets du 29 mars 1886 sur les congrégations et par la jurisprudence qui les a suivis.

Mais l'auteur ajoute que ce triomphe doctrinal fut un triomphe à la Pyrrhus car le sentiment public fut tellement choqué par l'application de ces doctrines qu'on jugea nécessaire de faire une nouvelle loi sur les congrégations pour remplacer les lois révolutionnaires qui ne semblaient plus assez existantes.

Or ce raisonnement ne semble pas très pertinent car de ce que de nouvelles lois aient été jugées nécessaires on peut bien déduire que les

dans son cours polycopié d'Histoire des idées politiques et son ouvrage, « Les grandes œuvres politiques de Machiavel à nos jours ». La théorie de la souveraineté peut être selon les cas et les époques source de grande faiblesse ou de grande force pour l'exécutif (hypothèse de la démocratie absolue).

(100) 2^e édition, p. 448.

(101) Elle est nette et très cohérente dans les perspectives globales d'Hauriou qui accordant une très grande prééminence à l'exécutif lui reconnaît corrélativement la liberté de s'abstraire des prescriptions législatives.

(102) 11^e édition, p. 469.

anciennes s'étaient, dans l'esprit public, abrogées par désuétude, mais il est absolument impossible d'en déduire que :

1) cette abrogation dans l'esprit public était juridiquement fondée;

2) quand bien même l'abrogation eût-elle été certaine, on ne pouvait en conclure que l'abrogation par désuétude signifiait la liberté gouvernementale de ne pas appliquer les lois. Ce sont deux questions connexes mais logiquement distinctes. On pourrait, en effet, imaginer théoriquement qu'un gouvernement puisse être considéré comme coupable (et inculpé comme tel devant une juridiction hypothétique) d'avoir laissé tomber en désuétude telle loi mais reconnaître en même temps que cette loi est effectivement abrogée par défaut d'exécution.

Il manque donc au raisonnement une certaine rigueur logique qui méritait d'être signalée eu égard à la rareté de ce genre d'erreurs (103). Il est vrai que le grand Doyen répondrait ici vraisemblablement qu'il ne faut pas s'embarrasser de rigueur logique et que les faits, seuls les faits importent ici. Or les faits sembleraient ici indiquer que le sentiment public (donnée peu juridique s'il en est !) a confusément reconnu la pratique (confinant à la coutume) gouvernementale de liberté dans l'application des lois.

Cette discussion hypothétique risque de se prolonger longtemps si l'on se souvient *du mépris dans lequel l'éminent Doyen tenait tout raisonnement juridique pur*.

Quoi qu'il en soit de cette discussion, elle ne nous éclaire pas sur la fermeté des positions d'Hauriou sur l'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois; et ceci d'autant moins que l'auteur ajoute (104) : « Rappelons que la Charte de 1830, article 13, a interdit au pouvoir exécutif de déduire de son pouvoir d'assurer l'application des lois le droit de suspendre l'exécution des lois. » L'auteur semble donc ici être tenté de refuser cette faculté au gouvernement. Mais, brusque renversement, il estime pourtant que certaines circonstances en temps de paix et les pleins pouvoirs de guerre peuvent permettre au gouvernement de suspendre par décret l'application de certaines lois.

B. — Les arrêts Winkell, Heyriès et Tichit ont permis au Doyen de Toulouse de développer sa pensée sur ces points.

Une remarque s'impose immédiatement : Au fond, pour Hauriou, il est fallacieux de distinguer le temps de paix du temps de guerre.

Dans sa note sous l'arrêt Winkell (105), il affirme que « si la coalition et la grève des fonctionnaires sont des faits révolutionnaires, des

(103) Nous exprimons notre désaccord total avec l'analyse d'Hauriou sur ce point. La jurisprudence de son temps et la jurisprudence postérieures sont en sens contraire. Rien ne justifie logiquement une absence d'obligation gouvernementale en matière d'exécution des lois. Dans ce sens, AUBY, « L'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois », J.C.P. 1953, p. 1080 ; et Lucien SFEZ, « Une survivance, le Règlement d'administration publique ? », *Etudes de droit public*, 1965, p. 251.

(104) Précis de droit administratif, 11^e édition, p. 470.

(105) C.E. 7 août 1909, S. 1909, III, p. 143 ; notes d'arrêts, III, p. 154.

faits de guerre, on ne s'étonnera pas que le gouvernement leur ait appliqué le droit de la guerre et ait usé vis-à-vis d'eux de représailles ». *Voilà donc une analyse extrêmement nette.* De même que dans les relations internationales il y a un droit de la paix et un droit de la guerre, de même dans les relations internes, en cas de troubles graves, il y a suspension des garanties constitutionnelles. Ainsi, pour Hauriou, l'Administration des Postes a été mise en état de siège avec suspension du statut légal. « Les employés n'avaient qu'à ne pas déclarer la guerre... ». Sans doute peut-on objecter que les suspensions des garanties légales sont en fait prévues par la loi elle-même. Ainsi la loi réglemente-t-elle l'établissement de l'état de siège et la suspension des garanties constitutionnelles. Mais Hauriou répond par avance aux objections : « C'est très joli les lois, mais il faut avoir le temps de les faire et il s'agit de ne pas être mort avant qu'elles ne soient faites ».

Or, toutes ces considérations sont d'ordre strictement politique. Comment démontrer juridiquement que par représailles et en vertu de cette espèce de droit de guerre engendré par la grève, le gouvernement ait pu suspendre l'application de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 ?

Cette démonstration, l'auteur tente de la faire autour de la notion d'inconstitutionnalité : Il estime qu'il faut supposer que la loi de 1905 a pu être frappée d'inefficacité par le Conseil d'Etat dans le cas spécial de fonctionnaires en grève parce que son application à ce cas eût été inconstitutionnelle. Il ne s'agit sans doute pas dans son esprit d'une contradiction entre la loi et les termes de la Constitution, mais entre la loi et les conditions fondamentales d'existence de l'Etat inhérentes à l'idée même de constitution. Il sent bien ici qu'on peut lui faire remarquer le caractère très dangereux de son critère qui confine à la raison d'Etat et au mobile politique pur. Il affirme avec gêne que la doctrine et la jurisprudence auront bientôt trouvé les éléments objectifs de ces conditions permanentes de la vie de l'Etat. L'explication devient hypothèse, l'hypothèse se transforme en gêne visible. « Au reste, ce n'est pas le lieu de disserter longuement. Bornons-nous à conclure. Nos arrêts ne s'expliquent juridiquement que par la thèse de l'inconstitutionnalité de la loi de 1905... ». Curieuse hâte à conclure qui contraste étrangement avec les brillantes systématisations d'autres notes d'arrêt issues de points dérisoires. Il est vrai que l'intention n'était pas de créer un critère dangereux mais de pousser le Conseil d'Etat à l'instar des juridictions anglo-saxonnes à se faire juge de la constitutionnalité des lois. Il tentera de confirmer son analyse dans ses notes sous les arrêts Tichit et Heyriès.

Dans sa note sous l'arrêt Tichit (106), le Doyen Hauriou estime utile — et le lecteur s'en félicite car les développements précédents manquaient vraiment d'ampleur — de développer sa théorie de l'inconstitutionnalité.

(106) C.E. 1^{er} mars 1912, S. 1913, III, p. 137 ; notes d'arrêts, III, p. 175.

On peut en effet entendre l'inconstitutionnalité des lois de deux façons :

— En premier lieu, on distingue deux catégories de lois qui ne sont pas votées dans la même forme, les lois constitutionnelles et les lois ordinaires, celles-ci étant inférieures à celles-là et donc en cas de contradiction c'est la loi constitutionnelle qui doit prévaloir.

Mais ce n'est pas en ce sens, très classique, que le Doyen Hauriou entend développer la théorie de l'inconstitutionnalité de la loi.

— La seconde formule lui appartient en propre : derrière l'idée formelle de faire des lois constitutionnelles qui ne soient pas votées de la même façon que les lois ordinaires, afin d'acquiescer par là plus de solennité et plus de valeur, il y a cette idée matérielle qu'il existe une hiérarchie parmi les lois; existeraient ainsi des lois fondamentales et d'autres qui ne le sont pas. « Cela répond à un besoin profond de stabilité : il faut que la législation journalière ne puisse pas venir modifier à l'improviste les principes organiques sur lesquels repose l'Etat » (note sous Tichit).

Sans doute, serait-il souhaitable de donner à toutes les lois fondamentales la forme constitutionnelle, mais si cette garantie n'est pas donnée, ces principes n'en existent pas moins.

Le juge pourrait opérer lui-même le triage des lois fondamentales. Peut-être alors pourrait-on critiquer ce système qui conduit à donner au juge des pouvoirs politiques limitant ainsi ceux du Parlement. Mais il est facile à Hauriou de répondre que la loi ne serait ainsi frappée d'inefficacité que dans les limites de la chose jugée. « Un juge qui refuse d'appliquer une loi à une hypothèse déterminée n'empêche point cette loi de devenir exécutoire ».

La raison essentielle d'Hauriou est qu'il existe un besoin urgent d'assurer la stabilité des institutions contre le danger des remaniements faits à la légère par les lois ordinaires. « L'essentiel est de rompre avec cette idée que toutes les lois seraient parallèles ». Voilà une position qui a dû faire frémir Carré de Malberg. Cette négation des critères formels est en tout cas contradictoire avec l'analyse du Doyen Vedel contenue dans son article sur « Les bases constitutionnelles du droit administratif » (107) analyse qui, par ailleurs, est souvent proche d'Hauriou (108).

Précisément, le thème essentiel que va développer Hauriou dans sa note sous l'arrêt Heyriès réside dans le rattachement qu'il opère, de toute l'activité administrative à des principes d'ordre constitutionnel. C'était toujours le problème de la suspension de l'application de l'article 65 de la loi de 1905. Déjà, en temps de paix, Hauriou avait approuvé la solution du Conseil d'Etat; il l'approuve *a fortiori* en temps de guerre et d'ailleurs pour lui « la grève c'était de l'état de guerre ».

(107) E.D.C.E. 1954, p. 21.

(108) Sur cette contradiction, voir la troisième partie, chapitre consacré à l'influence d'Hauriou sur la doctrine.

Suspendue par décret, l'exécution de la loi était plus grave que refuser de l'appliquer à un cas déterminé. Le principe de légalité était ici en cause. Or, cette règle fondamentale est déclarée suspendue par le Conseil d'Etat en vertu de textes constitutionnels. « Considérant que par l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, le Président de la République est placé à la tête de l'administration française et chargé d'assurer l'exécution des lois; qu'il lui incombe dès lors de veiller à ce que, à toute époque, les services publics institués par les lois et règlements soient en état de fonctionner... » (109).

Pour Hauriou, ce considérant est remarquable en ce qu'il rompt avec l'habitude de définir le pouvoir exécutif uniquement par la mission d'assurer l'exécution des lois. « Cette mission est en réalité double :

- 1) assurer la marche de l'administration;
- 2) assurer l'exécution des lois.

Cette vérité que nous ne cessons de répéter, depuis trente ans, se fait donc enfin jour » (note sous Heyriès).

Dans cette perspective, le pouvoir exécutif n'acquiert pas le droit de suspendre toute espèce de lois; il acquiert celui de suspendre celles qui gênent l'Etat. Il se produit donc « une cassure dans la légalité ». Il y a des lois qu'il faut appliquer parce qu'elles assurent la marche des services; il en est d'autres qu'il ne faut pas appliquer parce qu'elles entravent cette marche. Si l'on admet en effet que l'exécutif dispose de la liberté de ne pas appliquer la loi en temps de paix (et on sait déjà que sur ce point la position d'Hauriou est plus que faible et douteuse), *a fortiori* en temps de guerre le pouvoir discrétionnaire doit-il être considéré comme allant jusqu'au droit de suspendre provisoirement l'exécution de certaines lois. Ce n'est donc pas le décret qui, par sa propre vertu, a suspendu l'exécution de la loi du 22 avril 1905, c'est la loi constitutionnelle elle-même, interprétée dans une perspective de temps de guerre, qui a réalisé la suspension.

Une fois de plus Hauriou se félicite que le juge entre dans la voie de l'interprétation constitutionnelle à l'instar du juge anglo-saxon.

Mais il convient d'apercevoir que l'interprétation constitutionnelle et politique rend les solutions indécises. Selon les cas, selon les moments, on sera plus ou moins restrictif, plus ou moins souple. Un bon exemple de cette contradiction paraît être donné par les deux extraits de notes d'arrêts qui suivent.

— Dans sa note sous l'arrêt Dol et Laurent (110), Hauriou affirme que ce qu'il reproche à la théorie de l'état de guerre c'est qu'elle tend à faire de toutes les opérations accomplies pendant la guerre un bloc à l'intérieur duquel tous les agissements de l'administration bénéficieraient bientôt de l'immunité de l'état de nécessité. « On jetterait le voile, une fois pour toutes, sur toutes les conséquences de la guerre. Il

(109) Heyriès, C.E. 28 juin 1918, S. 1922, III, p. 49 ; notes d'arrêts, I, p. 78.

(110) C.E. 28 février 1919, S. 1918-19, III, p. 33 ; notes d'arrêts, I, p. 55.

n'est pas besoin de faire remarquer que ce serait une faillite de la justice » (note précitée).

— Dans sa note sous l'arrêt Vion et Saupiquet (111), le ton d'Hauriou se modifie. « Il est très admissible que lorsque la législation de l'état de guerre existe, elle soit interprétée d'une façon extensive... Assurément, il y a des limites à cette nécessité... Mais il faut reconnaître que son principe d'interprétation est ici d'aller jusqu'au bout de ce que commande la nécessité » (note précitée).

On voit donc que l'interprétation constitutionnelle et politique, gage de souplesse et de réalisme, est aussi source d'indécision puisque sur un même sujet, à un an d'intervalle, Hauriou renverse sa position.

Quoi qu'il en soit de cette indécision, une fois de plus, c'est la bonne marche du service et la nécessité d'accorder à l'Exécutif une bonne marge de manœuvre, c'est-à-dire une donnée relevant de la science administrative et politique qui a commandé l'analyse juridique. *Contrairement aux apparences, on s'aperçoit donc que les méthodes d'interprétation d'Hauriou sont très continues et très cohérentes.* Une fois de plus, le droit constitutionnel et la science politique sont venus au secours du droit administratif dans des matières, il est vrai, qui appelaient naturellement un tel secours.

PARAGRAPHE 3

L'exécutif et l'acte administratif.

La théorie générale d'Hauriou qui semble le mieux colorer les rapports de l'exécutif et de l'acte administratif réside dans sa fameuse distinction de la fonction gouvernementale et de la fonction administrative. On l'étudiera en premier lieu. On étudiera ensuite une théorie particulière :

— le règlement d'administration publique, étant entendu que ce choix n'est pas arbitraire mais a pu être dégagé à partir des critères exposés dans l'introduction de la section.

A. — LA DISTINCTION DE LA FONCTION GOUVERNEMENTALE ET DE LA FONCTION ADMINISTRATIVE ET L'ACTE DE GOUVERNEMENT.

C'est sans doute la 6^e édition du Précis de droit administratif (p. 52 et suiv.) qui fait apparaître pour la première fois l'idée de fonction administrative. Elle sera développée sans modifications profondes au long des éditions suivantes.

Les institutions administratives sont dominées par une institution primordiale : la fonction administrative. Pour la plupart des auteurs de l'époque, l'administration c'est l'œuvre du pouvoir exé-

(111) C.E. 1^{er} août 1919, S. 1920, III, p. 65 ; notes d'arrêts, I, p. 74.

cutif. Cette vue, selon Hauriou, est partiellement fausse car elle ne permet d'apercevoir aucune limite à l'activité du pouvoir exécutif et par conséquent au développement de l'administration. « La fonction administrative est l'activité de l'organisme gouvernemental et exécutif de l'Etat en tout qu'elle s'emploie à créer et faire vivre l'institution de l'Etat » (112). De cette conception de la fonction administrative, Hauriou entend déduire trois corollaires.

1. — L'aménagement de l'Etat comme institution comprendra l'établissement d'un certain ordre qui s'appellera l'ordre public et son maintien par une police.

Il comprendra aussi l'organisation et la gestion des services publics qui tendront à créer des facilités propices aux droits individuels.

Cette simultanéité de la police et de la gestion lui paraît donc caractéristique de l'Etat.

2. — Dans cette organisation et cette gestion des services publics, il faudra, selon le Doyen Hauriou, tenir le plus grand compte du point de vue individualiste impliqué dans la notion de régime d'état.

— D'abord les services publics ne devront pas dépasser la mesure de ce qui peut être profitable à tous les individus.

— Ensuite, « par cela même que le régime intérieur de l'institution étatique est conçu comme un milieu de vie et rien qu'un milieu, *l'essentiel de la fonction administrative est la police* » (113). La police comprend ici dans l'esprit du Doyen non seulement la tranquillité, la sécurité et la salubrité publique mais encore *la prospérité publique*, donnée économique s'il en fut.

En conséquence, police et gestion sont sans doute les deux modes d'activité de la fonction administrative mais il faut préciser que l'un est étroitement subordonné à l'autre; « la gestion n'est admissible que dans la mesure où elle est indispensable pour assurer la police, elle n'est pas en soi un but de la fonction ». La conséquence que le Maître de Toulouse en tire est que l'administration ne doit pas organiser un service nouveau uniquement parce qu'il compléterait pour d'autres services publics, « il faut qu'il y ait intérêt spécial de *police* pour le milieu considéré ».

3. — Il y a une grande utilité à conserver la notion que la fonction administrative est la manifestation d'un pouvoir spécial de l'Etat : le pouvoir exécutif.

Ce pouvoir présentera deux caractères essentiels.

— Il sera exécutif « au sens où les Américains disent d'eux-mêmes qu'ils sont un peuple hautement exécutif, c'est-à-dire un peuple qui passe facilement à l'acte ». Il s'agira donc d'un pouvoir qui engagera sans cesse des opérations, qui prendra sans cesse des initiatives.

(112) Précis, 1907, p. 53.

(113) Souligné par l'auteur.

— Ce pouvoir fera apparaître l'Etat et tous les rouages de son administration doués de quelque autonomie « parce que le propre de l'action est de se rapporter à des êtres ».

Cette définition et les corollaires qui ont suivi a permis de cerner la notion de fonction administrative. Mais en quoi celle-ci se différencie-t-elle de la fonction gouvernementale ?

L'intuition initiale de la distinction est née d'un souvenir historique. Napoléon 1^{er} avait tenté de séparer gouvernement et administration puisqu'il gouvernait avec son Conseil d'Etat qui délibérait en corps sur les décisions de principe, les ministres étant dans cette conception des autorités chargées des affaires courantes. « En somme, c'est la distinction entre les affaires exceptionnelles et les affaires courantes qui avait servi de base ».

Hauriou en tire deux conclusions :

« 1. La fonction administrative consiste essentiellement à faire les affaires courantes du public.

2. La fonction gouvernementale consiste à solutionner les affaires exceptionnelles qui intéressent l'unité politique et à veiller aux grands intérêts nationaux » (114).

Cette définition purement matérielle est susceptible d'entraîner l'hostilité de l'unanimité de la doctrine actuelle (115).

Il convient de noter que le Professeur de Laubadère avait trouvé trois tendances parmi les théories de la fonction gouvernementale.

— Une première tendance se définirait par les buts.

— Une seconde se définirait par l'importance des tâches accomplies.

— Selon une troisième tendance, gouverner consisterait à prendre des décisions de principe, administrer, à exécuter ces décisions (116).

Or, il est curieux de constater que le maître protéiforme de Toulouse semble avoir adopté ces trois points de vue sans avoir l'impression de se contredire.

— « L'Administration consiste dans la satisfaction des besoins du public » (117).

— « La fonction administrative consiste essentiellement à faire les affaires courantes du public... » (citation déjà exposée).

— « Le gouvernement est le principe et le ressort de l'administration... le moteur, alors que l'administration n'est que l'agent de transmission et d'exécution » (118).

(114) Précis de droit administratif, 11^e édition, p. 15.

(115) Sur ce point voir troisième partie et notamment l'hostilité actuelle à toute idée de fonction gouvernementale. Le Professeur Chapus s'est vu fortement critiquer lorsqu'il a adopté ce point de vue dans un article au Dalloz 1958.

(116) Sur ces trois tendances voir de LAUBADÈRE, « Traité élémentaire de droit administratif », 1957, p. 157.

(117) Précis de droit administratif, 2^e édition, p. 14.

(118) Cité par M. de Laubadère, p. 157, 1957. M. de Laubadère ne donne pas

Quelles que soient les variations d'Hauriou, ce serait gravement méconnaître la portée de sa théorie que de l'imaginer conçue dans le secret de son cabinet *dans un but d'esthétique administrative*. Il n'en est rien. *Les théories pour Hauriou sont toujours fonctionnelles. Il faut qu'elles servent à quelque chose.*

Hauriou a estimé en effet un moment que grâce à sa théorie de la fonction gouvernementale, il détiendrait un critère solide de l'acte de gouvernement.

Pour bien comprendre la liaison de cette théorie avec celle de la fonction gouvernementale, il convient de préciser la conception qu'il se faisait de son histoire. La théorie des actes de gouvernement, remarque le Doyen Hauriou, n'est pas très ancienne. « Ce qu'il faut bien comprendre, c'est la raison de l'apparition de cette théorie et de son lent développement... Comme cette théorie est une barrière élevée devant le juge du contentieux, il était naturel qu'elle fût mieux établie à mesure que les pouvoirs du juge augmentaient » (119).

Lorsque sous la Révolution, il n'y avait pas de contentieux ni de juge du contentieux, les réclamations étaient portées devant le gouvernement qui de lui-même pouvait accepter ou refuser librement d'y donner suite. Lorsque le Conseil d'Etat fut réorganisé en l'An VIII et lorsqu'en 1806 un comité spécial du contentieux fut créé avec des règles spéciales de procédure, il y eut de véritables recours contentieux. Mais la théorie des actes de gouvernement était encore sans utilité car le Conseil d'Etat était très subordonné. Il s'agissait de « justice retenue ».

C'est la disparition de la justice retenue qui donna logiquement naissance à la théorie de l'acte de gouvernement (120). En effet, du moment qu'une barrière disparaissait, il fallait absolument en créer une autre. Hauriou défend donc cette théorie contre ses détracteurs (121).

« Cette théorie est fort utile non seulement pour assurer sa liberté d'action au gouvernement mais encore pour permettre au Conseil

de référence à cette citation. Nous l'avons recherchée et nous croyons l'avoir trouvée : Précis de droit administratif, 11^e édition, pp. 396 et 397. Mais Hauriou l'impute à Esmein (Eléments de droit constitutionnel, p. 14), préférant la formule des affaires exceptionnelles et des affaires courantes qu'il juge plus exacte. Il ne faut donc pas en principe imputer à Hauriou cette définition. Mais deux correctifs s'imposent :

1° Il faut avouer qu'elle cadre bien avec le climat de ses ouvrages qui distinguent fréquemment les décisions de principe des faits d'exécution (voir par exemple la décision exécutoire).

2° Hauriou reconnaît lui-même que cette formule n'est pas inexacte et qu'elle va seulement moins au fond des choses. Il n'en reste pas moins qu'il faut rendre à César ce qui est à César et à Esmein ce qui est à Esmein.

(119) Note sous l'arrêt Vaudelet et Farout, C.E. 18 décembre 1891, S. 1893, III, p. 129, note d'arrêt, II, p. 149.

(120) Il semble bien que Laferrière avait adopté antérieurement une analyse analogue (Traité de la juridiction administrative, tome I, p. 218).

(121) En particulier, MICHOUX, « Annales de l'Enseignement supérieur de Grenoble », tome I, n° 2, et BRÉMOND, « Revue critique », 1888, p. 561.

d'Etat de développer le contentieux administratif » (note précitée). Or, les deux buts sont liés. Du moment que le gouvernement ne se sentirait plus en sécurité sur certains points essentiels, du moment que tous ses actes seraient exposés aux recours, « la jurisprudence du Conseil d'Etat deviendrait plus timide ». « De peur d'atteindre les actes de gouvernement, elle ne toucherait plus aux actes d'administration discrétionnaire et l'on verrait se ralentir les progrès que n'a cessé de faire le contentieux administratif depuis le commencement du siècle » (note précitée).

Il faut bien ici saisir les deux pôles de la réflexion — Michoud et Brémont estiment inutile la théorie des actes de gouvernement pour des raisons *uniquement juridiques*.

— Hauriou leur répond à partir d'une expérience *relative à la politique administrative et jurisprudentielle*. Et ce sont ces raisons liées au développement historique de la théorie de l'acte de gouvernement qui expliquent le lien de celle-ci avec la théorie de la fonction gouvernementale.

En effet il estime qu'il existe un pouvoir gouvernemental distinct du pouvoir administratif « et cette distinction se ramène à une indépendance véritablement constitutionnelle du gouvernement vis-à-vis de la juridiction administrative » (note précitée). La théorie de l'acte de gouvernement ne se trouve donc plus fondée sur la raison d'Etat (opposant particulier à Exécutif) mais sur les rapports des divers organes de l'Etat. *La théorie a un fondement constitutionnel*. Ainsi apparaît-il nécessaire de limiter la liste des actes de gouvernement « car il est de l'essence des prérogatives constitutionnelles d'être énumérées et contenues dans une charte » (note précitée).

Ici c'est Hauriou le libéral qui a conclu. Mais tout est affaire d'équilibre et au Maurice Hauriou libéral s'ajoute un Maurice Hauriou défenseur de la primauté de l'exécutif et du développement du contentieux administratif (idée mi-libérale, mi-technocratique).

Dès lors, s'il s'agit d'énumérer et de limiter les actes de gouvernement, encore faudra-t-il choisir un critère assez large pour ne pas gêner le gouvernement et du même coup pour ne pas entraîner la timidité du juge. Ce critère, Maurice Hauriou tente de le trouver dans la théorie de la fonction gouvernementale.

Si en effet celle-ci se définit par la distinction des affaires courantes et des affaires exceptionnelles (122), la marge gouvernementale sera grande et le juge pourra conserver son audace. En effet, dans cette perspective, l'acte de gouvernement correspondant aux affaires politiques, tout acte de l'exécutif pourrait, en cas d'incidence politique, être soustrait au contentieux.

C'est au fond exactement la théorie du mobile politique longtemps en honneur au Conseil d'Etat.

(122) Cette opinion prévaut finalement p. 397 du Précis de droit administratif, 11^e édition.

Hauriou se rendant compte bientôt du danger considérable de cette théorie l'abandonne et en vient au procédé, encore aujourd'hui à l'honneur, de l'énumération. C'est la théorie de la liste limitative qu'il est inutile d'approfondir ici car elle est bien connue. *Encore faut-il noter que le Maître de Toulouse en fut l'initiateur* (123).

Pourquoi finalement cessa-t-il de lier les deux théories de l'acte de gouvernement et de la fonction gouvernementale ?

Deux raisons essentielles nous paraissent rendre compte du changement.

— La première est que le Doyen Hauriou est un libéral. Défenseur de l'Exécutif, soit. Mais on l'a vu, c'est avant tout un homme d'équilibre. Toutes ses thèses sont des thèses de *via media*. Or, en l'espèce, la balance penchait dangereusement du côté de l'autoritarisme. Il fallait absolument rétablir l'équilibre.

— La seconde est que, comme on l'a vu, la combinaison des deux théories prenait sa source dans une raison de politique administrative et jurisprudentielle. Il fallait éviter, à l'époque où le contentieux s'enhardissait peu à peu, de donner au juge « des complexes ». Il semble bien que les progrès du contentieux sont devenus tels qu'il ait pu enfin distinguer les deux théories et en conséquence corseter étroitement la théorie des actes de gouvernement. Ces raisons de pure stratégie vis-à-vis du Conseil d'Etat et du gouvernement ne peuvent étonner le lecteur qui sait déjà, pour s'en réjouir ou pour trouver de nouveaux motifs d'hostilité, que le Doyen Hauriou n'a jamais défendu une théorie juridique pure dans le développement rigoureux de la logique formelle. On retrouvera encore cette méthode dans l'étude d'une théorie particulière.

B. — UNE THÉORIE PARTICULIÈRE :

LE RÈGLEMENT D'ADMINISTRATION PUBLIQUE.

La théorie de la fonction gouvernementale avec ses incidences sur celle de l'acte de gouvernement colorait globalement les rapports de l'Exécutif et de l'acte administratif.

C'est essentiellement dans sa note sous l'arrêt *Chemins de Fer de l'Est* (124), que Maurice Hauriou a développé sa théorie du règlement d'administration publique, objet d'un pacte entre le gouvernement et le Parlement. Pour comprendre la nouveauté de son apport, encore faut-il rappeler l'état de la doctrine antérieure sur ce point.

(123) C'est aussi l'opinion de Mestre qui nous dit dans un cours de doctorat à la Faculté de droit de Paris (1929-1930, polycopié, p. 77) que cette théorie appartient initialement à Hauriou.

(124) C.E. 6 décembre 1907, S. 1908, III, p. 1 ; notes d'arrêts I, p. 16.

La doctrine antérieure donnait au règlement d'administration publique le fondement de la délégation législative.

C'est seulement sous la Monarchie de Juillet que la distinction du règlement d'administration publique et des autres règlements se fait apparente.

D'une part, la distinction est consacrée par la loi du 19 juillet 1845 et son article XII : « Le Conseil d'Etat peut être appelé à donner son avis sur les projets d'ordonnance. Il est nécessairement appelé à donner son avis sur toutes les ordonnances portant règlement d'administration publique.

D'autre part, la distinction prend un sens nouveau qui, venant s'ajouter à sa signification antérieure, constituera la source d'une longue confusion dont les séquelles aujourd'hui ne semblent pas avoir totalement disparu.

La montée du pouvoir parlementaire dans sa concurrence avec le pouvoir royal fait naître en effet l'idée que le législateur, quand il prescrit le règlement d'administration publique, confère en cela un mandat au gouvernement et lui délègue pour l'accomplissement de sa tâche une partie de sa propre puissance. La théorie de la délégation législative était née, bientôt consacrée par une doctrine qui sera quasi unanime tout au long du XIX^e siècle sur ce point.

Il suffit pour se convaincre du succès de cette théorie de rappeler qu'elle trouve son expression dans la Constitution de 1848 (article 75) et dans la loi du 3 mars 1849 (article 4). Ces textes font reposer sur la délégation ceux des règlements d'administration publique qui, d'après la loi, sont édictés en Conseil d'Etat. Comme le souligne Carré de Malberg, il n'est pas douteux que, dans la pensée des auteurs de la Constitution de 1848, cette idée de délégation ne s'applique pas aussi au règlement d'administration publique décrété par le chef de l'Exécutif.

Telles sont donc les origines de la tradition au nom de laquelle la doctrine et la jurisprudence ont pendant le XIX^e siècle envisagé le règlement d'administration publique comme un acte de puissance législative.

Que pouvait-il rester de cette construction après l'arrêt de 1907 ? Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat tout en maintenant illogiquement le fondement de la délégation législative avait admis un recours pour excès de pouvoir contre un règlement d'administration publique. Position illogique s'il en était, car par l'admission du recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'Etat tuait l'idée de délégation (125). Il existait d'ailleurs un second intérêt à la théorie de la délégation : Certains prétendaient que l'exécutif en tant qu'investi d'une véritable puis-

(125) C'est par un arrêt Decugis du 17 juillet 1914 que le Conseil d'Etat échappait à la contradiction en admettant un recours pour excès de pouvoir sans faire référence à la théorie de la délégation. Hauriou fait donc erreur dans sa note sous l'arrêt de Sigalas du 22 juillet 1928 lors qu'il affirme que c'est seulement par cet arrêt de 1928 que le Conseil d'Etat avait échappé à la contradiction.

sance législative pouvait faire, par la voie du règlement d'administration publique, tout ce que pourrait faire le législateur lui-même.

La théorie de la délégation législative était donc morte avec l'arrêt de 1907. Encore fallait-il expliquer par une nouvelle théorie le règlement d'administration publique et en sorte combler le vide de la doctrine disparue.

Haurio upart de la constatation que « nous sommes habitués à simplifier beaucoup trop la notion de l'œuvre législative. Nous rapportons la loi uniquement à l'organe législatif alors qu'en réalité (126), la loi prise dans sa réalité de règle vivante et appliquée demande la participation et la collaboration étroite du gouvernement et du Parlement » (note sous l'arrêt chemins de fer de l'Est).

Dans cette perspective, l'exécution de la loi grâce aux mesures réglementaires est donc l'association du gouvernement à l'œuvre législative des Chambres. Plus précisément, le règlement d'administration publique est essentiellement la collaboration du Conseil d'Etat à l'œuvre législative apportée *a posteriori* une fois la loi votée alors qu'autrefois elle l'était *a priori* au moment de la préparation de la loi.

Seulement l'association des deux pouvoirs n'est pas cette association ordinaire qui résulte du jeu des lois constitutionnelles. C'est une association volontaire procédant d'une invitation du pouvoir législatif contenue dans une loi déterminée à propos d'une matière particulière « et quand le gouvernement obéissant à l'invitation rédige le règlement d'administration publique, on peut dire que celui-ci est rédigé en vertu d'un pacte volontaire intervenu entre les deux pouvoirs. Et si par ce pacte, le gouvernement s'associe au Parlement dans l'œuvre législative, en même temps le Parlement s'associe au gouvernement dans le règlement d'administration publique en lui donnant une compétence plus ou moins étendue » (note précitée).

L'idée de pacte lui semble explicative d'un certain nombre de points.

1) Dans un pacte, chacun observe sa nature propre. Le règlement d'administration publique, acte administratif, doit être susceptible d'un recours pour excès de pouvoir.

2) Dans le pacte, le Parlement a pu donner au gouvernement une compétence plus étendue. De là, la possibilité pour le règlement d'administration publique de contenir des règles reconnues comme relevant du domaine de la loi (pénal, fiscal) (127). De là également

(126) Par nous souligné.

(127) Le Doyen Vedel (manuel Thémis, p. 150) et le Président Odent (cours de contentieux administratif, 1961-1962, p. 121 et suiv.) défendent encore tous deux cette idée qu'en matière de R.A.P., le Gouvernement possède plus de pouvoirs que pour un règlement ordinaire d'application. Pour la critique de cette conception qui semble dériver d'Hauriou, Lucien SFEZ, « Une survivance de règlement d'administration publique », in « Etudes de droit public », précité.

l'annulation de cet acte administratif au cas où il aurait dépassé les termes du pacte.

3) L'idée du pacte expliquerait encore que le Conseil d'Etat considère que si le règlement d'administration publique n'a pas été pris, la loi contenant des dispositions se suffisant par elles-mêmes doit tout de même être appliquée. En effet, il ne s'agissait que d'une invitation que le gouvernement était libre d'accepter ou de refuser, mais la loi demeure (128). C'est en effet une liberté qui serait assez dans la logique de la théorie du pacte (note précitée) (129).

Ainsi donc la théorie du règlement d'administration publique est entièrement adossée au droit constitutionnel. Plus précisément, c'est la réalité politico-constitutionnelle qui l'intéresse puisque c'est l'observation vécue de cette association permanente de l'exécutif et du législatif qui lui donne l'idée de cette théorie. Encore hostile à tous les critères formels qui rattachent la loi et le règlement à des organes, il préfère examiner le bloc indistinct qui s'offre à son regard dans la réalité administrative de son temps (130).

Cette utilisation systématique du droit constitutionnel de la science politique et administrative a permis d'éclairer de façon très originale un grand nombre de points. La puissance publique, les principes généraux du droit, les rapports de l'exécutif avec la loi et avec le règlement sont éclairés de façon décisive par ces disciplines.

Mais il faut reconnaître que si l'apport était original, l'utilisation de ces disciplines dans les matières analysées ne l'était pas, ces matières étant par nature à cheval entre le droit constitutionnel et le droit administratif.

Dans une autre série de matières, non seulement le contenu mais l'utilisation des disciplines elles-mêmes seront spécifiques de Maurice Hauriou. Ces disciplines coloreront de façon imprévue, quelquefois étrange et toujours féconde, certains terrains antérieurement inexplorés par elles (131).

(128) On notera sur ce point que Maurice Hauriou évite l'indécision en ce qui concerne le règlement d'administration publique. Par la théologie du pacte, il entend clairement laisser une large latitude au gouvernement. On rappelle que pour les autres règlements, sa position est plus que douteuse.

(129) Les conséquences qu'Hauriou attachait à la théorie du pacte étaient assez surprenantes. D'autres en auraient conclu que les parties se doivent de respecter les termes du contrat et donc que le gouvernement était tenu de prendre les règlements d'administration publique.

(130) Curieux raisonnement d'Hauriou sur ce point, notre article précité « Une survivance, le Règlement d'administration publique ? »

Le règlement d'administration publique fournira à Maurice Hauriou l'occasion d'inventer de toutes pièces une théorie de visionnaire : la théorie de la délégalation de matières. Celle-ci sera étudiée dans le cadre du chapitre III relatif aux « visions ».

(131) Au sein des matières mixtes par nature, on peut également citer « L'irresponsabilité de l'Etat, juge et législateur ».

En matière de législation, de réglementation et d'administration de la justice, le principe, nous dit le Doyen de Toulouse, est l'irresponsabilité de l'Etat.

Sans doute existe-t-il des exceptions importantes mais le principe demeure.

PARAGRAPHE 5

Les services économiques municipaux.

Si le recours pour excès de pouvoir et la tutelle administrative ont déjà donné lieu à des analyses de science administrative, il n'est pas étonnant que ce type d'analyse se retrouve dans les appréciations sur l'intervention économique des autorités locales. Le même arrêt Casanova fournit à Hauriou l'occasion de préciser sa conception très libérale (au sens économique du terme). Il approuve fortement le considérant de l'arrêt Casanova qui limite aux circonstances exceptionnelles la légitimité des interventions économiques des autorités locales. Normalement, les besoins sociaux sont satisfaits grâce à l'initiative privée. « La vie et l'activité publique sont l'exception, la règle c'est la vie privée » (note précitée).

L'explication juridique qu'il en donne est que « les pouvoirs de législation et de justice ne font pas encore figure de droits subjectifs réellement intégrés dans la personne juridique de l'Etat. Ce sont encore des pouvoirs d'organes incomplètement appropriés par la nation et dont celle-ci ne saurait être responsable » (Précis de droit administratif, 11^e édition, p. 303).

Sans doute les lois sont-elles votées et les jugements rendus au nom du peuple français mais on hésite à dire que ces actes sont l'œuvre directe de l'Etat français. (En ce qui concerne la réglementation, Hauriou croit que l'irresponsabilité de l'Etat doit se limiter au cas du règlement d'administration publique lequel est un acte administratif qui, étant commandé par la loi, doit avoir force de loi. (Sur ce point, note dans Sirey, 1920-3-49, sous C.E. 26 avril 1918, Gaillard). Voilà un bel exemple de séquelle de la vieille théorie de la délégation législative qu'il avait pourtant combattue.)

Pour comprendre le fondement juridique de cette théorie de l'irresponsabilité, il faut analyser la notion « d'organes appropriés par la nation ». Qu'entendait-il par là ?

Il estime que la souveraineté au moment où elle prend naissance se présente comme un pouvoir sur le pouvoir ou plus exactement comme une jouissance ou une propriété du pouvoir, l'exercice de ce pouvoir étant laissé aux feudataires (droit de justice, droit d'impôt, etc...). L'abaissement de la féodalité aboutit à remembrer un certain temps la jouissance et l'exercice du pouvoir sur la tête du roi. Mais à nouveau jouissance et exercice se divisent à nouveau (entre les Conseils et le Roi en l'occurrence).

La souveraineté était alors royale ; avec les théories du 18^e siècle et la Révolution, la souveraineté devient nationale et la nation prend la place du roi comme détenteur du droit de jouissance sur les pouvoirs de gouvernement. Mais la nation n'a pu succéder au roi que pour ce que celui-ci possédait, c'est-à-dire la jouissance du pouvoir. L'exercice du pouvoir est donc resté en dehors de la nation. Les différents pouvoirs sont mis en œuvre par différents organes, gouvernement, Parlement, corps électoral qui agissent en qualité de représentants autonomes de la nation et non en tant que délégués.

Il y a donc eu nationalisation de la souveraineté par la nation et appropriation par elle des différents pouvoirs. Sur ces points fondamentaux de l'analyse constitutionnelle d'Hauriou, voir Précis de droit constitutionnel, 1923, p. 222 et suiv. Voir aussi Droit constitutionnel étranger, cours de M. le Professeur André Hauriou, polycopié, 1961, p. 38 et suiv. Quelques développements de ce cours sont d'ailleurs tout à fait fondamentaux pour la compréhension de l'œuvre globale de

Dans cette perspective, les organisations administratives ne doivent se présenter que comme des remèdes aux défaillances ou aux insuffisances de l'activité privée. « On ne peut nier que cette conception individualiste ne soit très sage et très en harmonie avec les principes fondamentaux de notre droit public » (note précitée). On apprécie ici encore le caractère très cohérent des conceptions d'Hauriou : c'est parce que la vie privée gouverne la vie publique, c'est parce que le droit privé doit prédominer sur le droit public que l'intervention économique étatique doit être limitée au minimum. Pour lui, ce qui est vrai des autorités locales doit l'être également des autorités nationales. On cite souvent à cet égard l'extraordinaire passage d'une note sous l'arrêt Delpin et autres (132).

« L'alarme a été chaude, on a pu croire que services industrialisés et méthodes industrielles de gestion, cela entraînerait nécessairement l'application du droit commun... Il n'en sera rien parce que ces services seront détaillés en de consciencieux règlements d'administration publique et que les principes tutélaires du droit administratif réservent à la juridiction administrative l'application de ces règlements organiques. L'opinion se serait émue de voir une pareille extension de l'intervention étatique dans les matières économiques; on la tranquillise en habillant l'Etat en industriel, mais derrière le paravent de la réglementation, l'Etat reprend son véritable costume; ce n'est pas nous qui nous en plairons ».

Cette note qui constitue un exemple net d'aberration et de fausse prophétie ne s'explique que par sa vision de l'ordre social individualiste dans laquelle la vie privée doit dominer la vie publique. Cette vision fausse aujourd'hui était encore vraie à l'époque où il écrivait et qui était antérieure à la crise économique mondiale des années 1930.

Maurice Hauriou. Voir de la page 24 à la page 47. Mais cette appropriation a été incomplète en ce qui concerne surtout la législation et la justice (exercice du pouvoir qui n'était plus entre les mains du roi) et c'est ce qui explique l'irresponsabilité de l'Etat dans ces deux cas.

En effet, si l'appropriation avait été complète, on n'hésiterait pas à imputer à la nation propriétaire les actes législatifs ou juridictionnels et la responsabilité pourrait être mise en jeu.

Par contre si l'appropriation est incomplète, ces actes apparaissent très objectifs et il est impossible de les rattacher à une personne juridique quelconque. Or, on l'a vu, c'est la personnalité juridique qui nourrit toute la théorie de la responsabilité. Sur ce point, première partie, chapitre I, section I et chapitre II, section III.

On aperçoit sur ce point avec netteté l'étroite liaison des différentes disciplines et des différentes théories. Le droit constitutionnel avec la théorie de la nationalisation de la souveraineté, le droit public général avec la personnalité juridique adossée elle-même à la théorie de l'institution se combinent harmonieusement pour expliquer un point très particulier de droit administratif. *La profonde cohérence du Doyen Hauriou apparaît à l'évidence.*

On peut également citer le problème de la décentralisation déjà traité (1^{re} partie, chapitre I, section II, § 2). On renvoie à ces développements qui montrent la liaison étroite de l'analyse politique et constitutionnelle avec l'analyse proprement administrative.

(132) 5 novembre 1926, S. 1927, III, p. 9 ; notes d'arrêts, I, p. 201.

Il ne faut cependant pas croire qu'il se soit montré farouche limitateur de l'intervention économique des autorités locales. Ainsi, par une réaction d'équilibre qui lui est coutumière (de même qu'elle est devenue coutumière aux yeux du lecteur), il estime dans certains cas que cette intervention peut être justifiée à condition qu'elle ait en même temps un but de police. Dans sa note sous l'arrêt Chambre syndicale des propriétaires de bains de Paris (133), il approuve l'idée qu'un établissement de bains-douches puisse être exploité par une municipalité, parce qu'il ne s'agit pas dans l'espèce d'un commerce ni d'une industrie. Il avance deux raisons :

— La première est une pure raison de science administrative et politique. Il ne peut s'agir selon lui d'une réelle concurrence entre les services privés et l'établissement municipal car la gratuité même des bains municipaux constitue une garantie sérieuse. « Les bains gratuits ne seront fréquentés que par une clientèle populaire qui ne fréquentait pas les bains payants » (note précitée). Les classes riches ne fréquenteront pas ces bains car « en matière de soins corporels, les distinctions de classes sont tenaces, les questions de promiscuité importantes, la tenue mondaine impose le bain payant. Le bain gratuit a comme un air d'assistance publique » (note précitée). Cette observation psychologique d'une grande finesse vient donc ici légitimer la position municipale.

— Il avance il est vrai une seconde raison plus juridique : Il s'agit en tout état de cause d'une mesure d'hygiène. Or, l'hygiène de la police de la santé et de la salubrité est elle-même partie de l'ordre public.

Donc le Doyen Hauriou n'a pas une vision fixe, rigide, de la séparation du privé et du public. Tout sera affaire de circonstances dans lesquelles le droit pur a peu de place. Son profond empirisme lui fait se féliciter de la tutelle du Conseil d'Etat sur toute la vie locale à condition que cette tutelle soit garantie par « l'esprit politique ». « C'est une affaire de tact et d'habileté » (134).

Sous-Section II

L'APPLICATION DU DROIT CONSTITUTIONNEL A DES MATIERES PUREMENT ADMINISTRATIVES

Il s'agit bien dans le cadre de cette sous-section de « terrains nouveaux », c'est-à-dire de terrains généralement fermés à toute intrusion du droit constitutionnel et de la science politique et administrative.

(133) C.E. 2 février 1906, S. 1907, III, p. 1.

(134) Note sous l'affaire Boulanger de Poitiers, C.E. 1^{re} février 1901, S. 1901, III, p. 41 ; notes d'arrêts, I, p. 144.

Qui aurait eu l'idée antérieurement à Hauriou et de son temps de combiner des analyses constitutionnelles aux données purement administratives de la théorie de la responsabilité, de la décision exécutoire, de la loi de 1900 sur le silence de quatre mois de l'administration ? Tous ces cas sont donnés à titre d'exemple.

On étudiera dans cette sous-section *les cas les plus typiques* d'utilisation de données constitutionnelles et administratives.

On se contentera donc seulement ici d'exposer les problèmes suivants :

§ 1. — *La responsabilité.*

§ 2. — *Le recours contre les actes des assemblées délibérantes.*

§ 3. — *La loi du 17 juillet 1900 sur le silence de l'administration.*

PARAGRAPHE 1

La responsabilité.

L'étudiant non averti, formé par un partisan d'une théorie pure du droit, serait très surpris à la lecture des Précis et des notes d'Hauriou par l'intrusion massive du droit constitutionnel et de la science administrative dans la théorie de la responsabilité.

Qu'il s'agisse de la faute de service (A), de la jurisprudence Pelletier (B), du préjudice anormal (C), ces matières sont imprégnées de droit constitutionnel et de science administrative.

A. — LES BASES CONSTITUTIONNELLES DE LA FAUTE DE SERVICE.

Selon le Doyen Hauriou, quand on veut se représenter l'Etat en le matérialisant, on peut prendre deux partis :

— ou l'identifier avec ses organes constitutionnels qui sont en même temps ceux de la haute administration ;

— ou bien l'identifier avec le groupe national des sujets-citoyens.

Dans le premier cas, la situation de l'Etat vis-à-vis des personnes qu'il emploie dans le service public se traduira pratiquement par celle des organes constitutionnels et de la haute administration vis-à-vis des agents qui leur sont subordonnés.

Dans le second cas, il n'y aura aucune distinction entre les hauts fonctionnaires et les petits : La fonction publique et le citoyen se feront face en bloc.

L'attitude jurisprudentielle des juridictions civiles du temps d'Hauriou correspondrait au premier parti. Les fautes et délits de droit commun commis par des agents de l'Etat l'étaient plutôt par les agents d'exécution, agents subalternes ; en conséquence, il paraissait naturel d'appliquer la responsabilité du commettant de l'article 1384 du Code

civil. Et même, dans un arrêt Lemetti (135), le tribunal des conflits « tout en maintenant que l'appréciation de la responsabilité encourue par l'administration ne relève que de la juridiction administrative se *laisse aller* à qualifier l'agent inculpé de préposé de l'administration publique, c'est-à-dire de la haute administration » (note précitée).

Or par là, selon Hauriou, le tribunal des conflits se prive des moyens de fonder logiquement sa jurisprudence.

Pour aboutir à une solution proprement administrative et se débarrasser de la distinction civiliste préposé-commettant, il faut se placer dans la seconde perspective qui consiste à distinguer l'administration publique comme un tout face au citoyen. « C'est ce que nous appellerons la perspective constitutionnelle, celle du régime représentatif; il y a d'un côté la nation et de l'autre les représentants de la nation. De ce point de vue, un facteur des postes ou un agent de police est un représentant de la nation aussi bien qu'un ministre parce qu'il fait partie du bloc des représentants » (note précitée).

Comment Hauriou légitime-t-il cette position ? L'agent subalterne n'est sans doute pas élu par la nation, mais son supérieur qui l'a nommé, l'a été.

On pourrait objecter que la situation n'a pas changé et que le bloc des représentants doit être considéré comme le préposé de la nation. Mais cette objection tient très peu compte de la cohérence des analyses d'Hauriou.

On a déjà vu en effet à propos de la puissance publique (136) et de la souveraineté nationale (137), que le Doyen répudie la conception jacobine de la souveraineté nationale au nom des nécessités expérimentales de la vie gouvernementale.

Dans sa conception personnelle, les agents de l'Etat ne peuvent donc pas être préposés de la nation; ils sont dans la réalité quotidienne gouvernement de la nation, lui imposant des lois et des mesures exécutives pour le bien commun. « Ils servent la nation en lui commandant. Chez tous, il y a une parcelle de la puissance publique » (note précitée) (138).

Donc l'autorité est du côté du fonctionnaire même le plus subalterne.

Il ne faut donc plus parler de responsabilité de préposés mais de gouvernants, et il faut se demander jusqu'à quel point les faits et gestes des gouvernants engagent l'Etat. « C'est tout simplement un renversement de la question. Nous sommes aux antipodes du droit civil en plein droit public, et même en plein droit politique, car il s'agit

(135) T. C. 26 mai 1924, S. 1924, III, p. 49, note Hauriou; notes d'arrêts, I, p. 505.

(136) Première partie, chapitre I.

(137) Sous-section I, paragraphe 1 de cette même section.

(138) Ceci constitue un exemple parfait en réponse à ceux qui taxent le Doyen Hauriou d'analyste parcellaire et arbitraire. Seule une lecture superficielle des œuvres du Maître de Toulouse laisse cette impression. En réalité, sa doctrine forme un bloc mais un bloc en mouvement.

d'étudier la situation complexe qui naît du régime représentatif et électoral » (note précitée).

Dans cette perspective constitutionnelle, il faut exonérer l'Etat de la responsabilité des délits de droit commun de ses agents. Les représentants de l'Etat ne le sont qu'autant qu'ils se cantonnent dans les limites de leur fonction, telle qu'elle est déterminée par le bloc des lois, règlements et normes du service (139). Pour Hauriou, ainsi s'explique que l'Etat réponde de la fonction et non du fonctionnaire.

Il faut d'ailleurs noter que cette théorie politique et constitutionnelle semble consacrée par un arrêt Dugave et Branciet (140).

« Considérant ... que les lois spéciales et règlements administratifs qui déterminent la distribution des pouvoirs et des attributions, l'organisation et la répartition des services, la hiérarchie, le contrôle et la surveillance des fonctionnaires, agents ou employés ... et qu'il y a lieu d'interpréter ... ces lois et règlements au point de vue de la responsabilité générale de la nation les actes d'autorités diverses sous la direction desquelles les services sont placés » (141).

Au terme de cette analyse, il semble superflu d'ajouter que le droit constitutionnel constitue pour Hauriou la base de la théorie de la faute de service. Il en sera de même de la théorie de la garantie administrative du fonctionnaire.

B. — LA THÉORIE DE LA GARANTIE ADMINISTRATIVE DU FONCTIONNAIRE.

On sait déjà que le Doyen Hauriou, seul dans la doctrine, avait défendu la jurisprudence Pelletier contre ceux qui estimaient que le texte du décret du 19 septembre 1870 était allé jusqu'à abroger les lois sur lesquelles est fondé le principe de la séparation des pouvoirs. Il estime que ce principe subsiste. Sans doute, la théorie opposée fait disparaître la garantie administrative du fonctionnaire. « Je ne dis pas qu'en soi la chose serait mauvaise. Je dis simplement que cette situation ne serait point conforme à la séparation des pouvoirs » (142). Déjà dans sa défense de l'arrêt Pelletier, le Doyen Hauriou utilise directement le droit constitutionnel puisqu'il affirme la toute permanence et la toute prééminence du principe de séparation des pouvoirs.

Mais le Doyen de Toulouse n'entre pas pour autant en contradiction avec lui-même lorsque, après avoir défendu juridiquement la juris-

(139) Cette référence aux normes du service est un renvoi implicite à sa distinction fameuse des standards et directives. Sur ce point, première partie, chapitre I, section II, paragraphe 2.

(140) T. C. 8 février 1873, S. 1873, 2153.

(141) Le Doyen Hauriou estime que si sa théorie constitutionnelle ne s'est pas dégagée plus tôt c'est qu'on a pris l'habitude de se reporter aux considérants sommaires de l'arrêt Blanco. Si l'on ajoute à cette remarque les différents reproches ultérieurs adressés à certaines reconstructions de l'arrêt Blanco, on constate à quel point les erreurs provoquées indirectement par cet arrêt ont été graves et évidentes (voir par exemple, thèse de M. Chapus, précitée).

(142) Précis de droit administratif, 1901, p. 274.

prudence Pelletier il la condamne vingt ans après dans sa note sous l'arrêt Lemonnier (143).

« Déjà la législation de la garantie administrative du fonctionnaire (art. 75 de la Constitution de l'An VIII... Jurisprudence Pelletier) consacre chez nous un triomphe fâcheux du régime administratif sur le régime constitutionnel » (note précitée). Il en résulte fâcheusement que la responsabilité pécuniaire des administrations publiques est devenue la règle normale et la responsabilité personnelle des fonctionnaires constitue une exception. Au contraire, dans les pays où le régime constitutionnel n'est pas étouffé par un régime administratif envahissant, la responsabilité personnelle des fonctionnaires est la règle, celle de l'administration, l'exception. Depuis longtemps, « le parti libéral et constitutionnel » avait demandé l'abrogation de la garantie administrative des fonctionnaires. « Si depuis 1873 il avait mis une sourdine à ses réclamations, *bien que la réforme du décret du 19 septembre 1870 eût été réduite à peu de choses par la jurisprudence de l'arrêt Pelletier* (144), c'est que la responsabilité administrative n'avait pas pris l'immense développement auquel elle est arrivée depuis quelques années » (note précitée). « Le péril constitutionnel » est donc grand. Il faut à tout prix augmenter la responsabilité personnelle du fonctionnaire. « C'est bien dans un esprit à la fois constitutionnel et administratif qu'il convient d'envisager notre arrêt Lemonnier » (note précitée).

Si nous avons donné d'aussi larges extraits de cette note, c'est pour mieux préciser la portée de deux contradictions :

- une contradiction apparente;
- une contradiction réelle.

1) *Une contradiction apparente.* On a déjà montré dans l'introduction du chapitre et dans la section I qu'il n'était pas contradictoire en même temps d'affirmer la nécessaire utilisation du droit constitutionnel et la science politique et administrative et de constater que la prééminence dans toute analyse juridique doit revenir au droit privé. En effet, dans sa perspective spécifique, le droit privé c'est le droit d'une certaine organisation de la propriété et de la famille, source de l'ordre social et constitutionnel d'une civilisation donnée.

On constate dans cette note sous l'arrêt Lemonnier, la confirmation de cette analyse générale. Hauriou utilise le droit constitutionnel pour comprendre telle ou telle théorie de la responsabilité mais, en même temps, il affirme la nécessité d'une certaine privatisation dans l'application du système de la faute personnelle et de la faute

(143) C.E. 26 juillet 1918, S. 1918-19, III, p. 41 ; notes d'arrêts, I, p. 636.

(144) Ce membre de phrase commencé par « bien que » signifie qu'en 1919 Hauriou se repent peut-être d'avoir si bien défendu la jurisprudence Pelletier. Cette modification confirme bien l'aspect fonctionnel de toutes ses argumentations juridiques. Pour lui, il n'y a pas de science pure du droit, il y a certains arguments au service d'un résultat dessiné à l'avance.

de service. Et cette privatisation, il la définit comme une imprégnation accrue du droit constitutionnel luttant contre un envahissement trop grand du régime administratif. Il n'y a là nulle contradiction *si l'on rappelle que, pour le Doyen Hauriou, le droit privé est source directe du droit constitutionnel*.

Par contre, dans le temps, on peut dégager une contradiction très réelle.

2) *Une contradiction réelle.* Dans sa défense de l'arrêt Pelletier, Hauriou a affirmé la prééminence du principe constitutionnel de séparation des pouvoirs que le décret de 1870 n'avait pas pu abroger. Il y a donc ici utilisation d'un principe de droit constitutionnel au service de la garantie administrative des fonctionnaires et donc au service du régime administratif.

Or, dans sa note sous l'arrêt Lemonnier, le Doyen Hauriou oppose clairement régime administratif et régime constitutionnel et pour tuer la garantie administrative des fonctionnaires, source de l'amenuisement de leur responsabilité personnelle, il entend utiliser le droit constitutionnel. En somme, dans un premier temps (1901), il utilise le droit constitutionnel pour défendre la garantie administrative des fonctionnaires; dans un deuxième temps, il utilise le même droit constitutionnel pour combattre cette même garantie administrative.

La contradiction est flagrante. Quelle explication peut-on en donner ? Il semble bien que, sans le dire franchement, Hauriou se soit ravisé. Il semble bien que brusquement il n'ait plus cherché à défendre la jurisprudence Pelletier dans la mesure où il s'est aperçu que le développement de la responsabilité pour faute de service était devenu excessif. Cette constatation faite, il fallait rétablir à tout prix l'équilibre et donc demander au droit constitutionnel de brûler ce qu'il avait adoré, c'est-à-dire de combattre la propre théorie qu'il avait défendue.

Ce rétablissement d'équilibre, la permanence de la notion d'équilibre sont bien dans la manière d'Hauriou et si cette contradiction très réelle n'a pas été jusqu'alors aperçue, c'est qu'Hauriou n'a jamais franchement avoué qu'il cessait de défendre la jurisprudence Pelletier. En effet, alors que la défense de celle-ci s'étale dans une note de page dans quelques éditions du Précis de droit administratif, brusquement dans la 11^e édition le silence se fait sur ce problème contrairement à la méthode d'Hauriou qui avoue dans ce cas-là franchement son erreur (145).

C. — LE PRÉJUDICE ANORMAL.

Qu'est-ce que le préjudice anormal subi par un citoyen par suite d'une opération de puissance publique ou d'événements ayant affecté la collectivité ?

(145) L'analyse de cette omission semble bien confirmée par le « bien que » de la note précédente.

Pour Hauriou, le préjudice anormal, c'est celui qui est contraire à l'égalité.

Mais quelle égalité ? Egalité devant la loi ou égalité économique ?

S'il s'agit de l'égalité devant la loi, le champ ouvert aux indemnités est déjà « immense ». Ce serait subordonner à l'obligation d'indemnité pécuniaire toutes les réformes législatives chaque fois que celles-ci entraîneraient la prohibition de quelque industrie ou au moins créerait des obligations spéciales. Par exemple, la jurisprudence Premier et Henry (146) qui permettait de distinguer entre le cas où la réforme législative cachait la constitution d'un monopole étatique (le principe de l'enrichissement sans cause obligeant alors à indemniser) et le cas de simples prohibitions ou injonctions dans l'intérêt public et sans enrichissement du patrimoine de l'Etat, n'aurait plus de sens.

Mais le Doyen Hauriou estime que « ce n'est rien encore ». « Le préjudice anormal défini par la violation de l'égalité devant la loi ne présente qu'un mince danger comparé au préjudice anormal défini par la violation de l'égalité économique (147). L'auteur s'inquiète que l'arrêt Conitéas se place au point de vue des charges qui incombent à l'intéressé et que le commissaire du gouvernement invoque un équilibre entre les charges et les profits de la vie commune. La société devrait alors garantir cet équilibre. Pour une fois — on tentera d'expliquer plus loin pourquoi — Hauriou est hostile à la réalisation de cet équilibre. L'argument tiré de l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme ne lui semble pas pertinent. « Pour l'entretien de la force publique et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable; elle doit être répartie entre les citoyens en raison de leurs facultés ». Il s'agit ici d'une pure application du principe d'égalité devant la loi d'impôt, c'est-à-dire devant la loi. Il y a donc loin de ce principe aux formules quasi socialistes du commissaire du gouvernement. « Du plan politique de l'égalité devant la loi, on le fait glisser dans le plan économique des charges et profits de la vie commune. C'est exactement ce glissement qu'a subi en effet le principe d'égalité dans les doctrines socialistes... » (note précitée). On vient ici de saisir sur le vif la première raison d'hostilité à cette thèse extensive : elle conduit au solidarisme, poste avancé du socialisme. Or, Hauriou est violemment anti-socialiste car le socialisme détruit le principe individualiste, base de l'ordre social des civilisations sédentaires. On constate donc une fois de plus la liaison étroite des moindres analyses de droit administratif d'Hauriou avec ses conceptions globales sur la société de son temps.

Mais il existe une seconde raison non plus d'ordre constitutionnel mais d'ordre administratif et financier à son hostilité à la thèse extensive. *Les caisses de l'Etat se videraient* « et les contribuables français

(146) C.E. 29 avril 1921, S. 1923, III, p. 41, notes d'arrêts I, p. 500.

(147) Note sous l'arrêt Conitéas, 30 novembre 1923, S. 1923, III, p. 57 ; notes d'arrêts, I, p. 699.

submergés par le flot montant des indemnités... pourront reprendre l'exclamation du XVIII^e siècle. « Dieu nous garde de l'équité des Parlements »... L'équité... n'est qu'un sentiment. Cœur pensif, ne sait où il va » (note précitée).

Ces dernières lignes sont très caractéristiques de la manière d'Hauriou : C'est un intuitif, il s'avoue lui-même tel; et cela ne l'empêche pas de condamner l'équité sentiment et les cœurs pensifs qui ne savent où ils vont. Pourquoi ? Parce que Maurice Hauriou, selon les cas, change de tactique. Selon les cas, son analyse s'enracinera dans les textes ou les débordera et les contredira. Selon les cas, il s'attachera à ériger des catégories précises qui formeront des remparts solides à toute tentative d'évasion ou bien il brouillera les pistes, confondra les catégories, pulvérisera les notions pures pour laisser place à des notions de compromis où vont généralement ses préférences.

En l'espèce, il s'agissait de tuer ce sentiment d'équité qui risquait de submerger l'administration et les finances; il se place donc résolument du côté des faiseurs de catégories, lui qui n'aime pas les catégories d'un seul tenant. « Le droit possède des catégories, la faute en est une, l'enrichissement sans cause une autre, la légitime défense elle-même en est une. L'équité n'a point de catégories... » (note précitée). Une fois de plus, c'est l'aspect fonctionnel des analyses qui l'intéresse.

Ce principe de l'égalité des charges pour tous a visiblement inspiré le Doyen Hauriou puisqu'il y revient à propos des dommages causés sans faute par les opérations administratives. Il critique, à cet égard, Georges Teissier qui, dans son ouvrage sur « La responsabilité de la puissance publique », n'aurait pas donné une base suffisamment précise à l'obligation d'indemniser, la formule du principe d'égalité devant être nécessairement corrigée, selon lui, par quelque autre condition.

1) Il faut d'abord qu'il y ait opération administrative présentant certains caractères. Sans doute, la notion de prérogatives exorbitantes entre-t-elle en jeu mais aussi la nature économique de l'opération. Nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui et si quelqu'un est appauvri, on est sûr que quelqu'un d'autre s'est enrichi. Hauriou va même jusqu'à imaginer le cas où l'administration aura le choix entre plusieurs procédés et où elle en choisirait un, le plus économique. Il y aurait là enrichissement en moins dépensant (148).

2) Mais une autre condition est nécessaire qui permettrait de réduire le champ des indemnités. Le dommage ne doit donner lieu à réparation que dans le cas d'un préjudice anormal. Ainsi donc les conditions de la théorie du dommage sans faute lui paraissent clairement reposer sur l'idée que l'administration ne doit pas disparaître sous le flot des demandes en indemnité. La politique administrative et financière ne perd pas ses droits. Ici encore c'est un cas de théorie fonctionnelle d'ailleurs fortement liée à la théorie précédente.

(148) Note sous Zeilabadine, C.E. 19 novembre 1909, S. 1910, III, p. 1 ; notes d'arrêts, I, p. 727.

PARAGRAPHE 2

Le recours contre les actes des assemblées délibérantes.

La question qui se pose est celle de savoir si les membres des assemblées délibérantes peuvent attaquer par les voies de nullités contentieuses les délibérations des assemblées dont ils font partie. Certains ont répondu par la négative (149) aux motifs que le requérant ne peut justifier un intérêt personnel distinct de celui de la collectivité à laquelle il appartient.

Mais Hauriou répond qu'on ne verra pas souvent un conseil municipal demander l'annulation des délibérations qu'il vient de prendre parce que la majorité ne se déjugera pas. D'ailleurs, nul n'est mieux placé pour dénoncer les excès de pouvoir et les écarts d'une assemblée que les membres « qui sont au courant de tout ce qui s'y passe » (150).

Sans doute, s'agit-il de membres de la minorité qui tendront à satisfaire un intérêt électoral « mais qu'importe si cet intérêt électoral se met au service de la légalité et de la bonne administration » (note précitée). Ainsi le principal argument à l'élargissement du recours réside-t-il ici dans une raison de science administrative.

Peut-être alors pourrait-on faire remarquer qu'il existe une solidarité de tous les membres d'une assemblée délibérante puisque par le seul fait qu'ils acceptent de délibérer ensemble ils consentent à subir la loi de la majorité ? Mais cette objection n'est pas retenue par Hauriou qui applique à l'espèce ses analyses du fonctionnement des assemblées délibérantes politiques. Sans doute, les membres de la majorité acceptent d'avance la décision de la majorité, mais ils ne sont obligés qu'à une chose : de reconnaître l'autorité de cette majorité. « Ils ne seraient pas recevables à discuter l'opportunité de la décision prise car ce serait s'insurger contre le fait de la majorité... » (note précitée). Ici donc cette référence aux analyses de droit constitutionnel lui permet de répondre de façon décisive à cette objection.

Mais le Conseil d'Etat a adopté longtemps une jurisprudence exactement inverse. Peu à peu cependant, elle s'élargit car « un conseiller général n'en est pas moins un homme, un citoyen, un propriétaire, un contribuable » et il ne faut pas qu'il soit sacrifié parce qu'il est élu. Ce raisonnement s'adosse à une vue globale de la société. Les membres d'une collectivité ne sont pas absorbés par celle-ci. Ils ont un intérêt individuel à ce qu'elle soit bien administrée. C'est l'un des principes fondamentaux de l'ordre social individualiste.

(149) Notamment LAFERRIÈRE, « Traité de la juridiction administrative », 2^e édition, t. II, p. 443.

(150) Note sous Bergeon, C.E. 1^{er} mai 1903, S. 1903, III, p. 1 ; notes d'arrêts, II, p. 262.

Un second problème se pose. De façon plus générale, l'élargissement des cas de recevabilité du recours a toujours passionné le grand libéral qu'était Maurice Hauriou. Il est fort satisfait en apprenant la nouveauté de l'arrêt Casanova; désormais tout contribuable pouvait attaquer une délibération du conseil municipal intéressant les finances de la commune. Quelles sont ses premières réactions ?

Ses premières réactions sont proprement politiques. « Le Conseil d'Etat, en admettant le recours du contribuable, prend tout simplement en main la tutelle financière des administrations locales » (151). L'imagination fertile d'Hauriou se donne libre cours. Il voit des ligues de contribuables se constituer et éplucher tous les budgets municipaux...

Et cet élargissement des conditions de recevabilité remet le recours pour excès de pouvoir dans sa véritable voie. Il revient à ce qu'il a toujours été « un moyen de bonne administration » et du même coup le juge administratif reprend son rôle authentique qui est non d'assurer l'application des lois mais de juger « de la bonne administration ». « Et cela n'est pas la même chose car la bonne administration ne se décrète point par les textes de lois, même les plus soigneusement rédigés ».

Les sources de l'administration consultative remontent à l'An VIII. Le principe même de l'Etat, puissance publique, est d'exclure de la représentation politique les intérêts professionnels particuliers. Mais les exclure présente aussi des inconvénients car leur compétence est écartée des délibérations. Le seul moyen de conserver la compétence délibérative des corps professionnels réside dans l'administration consultative. Or, le principal effet de cette administration consultative est de permettre un contrôle externe de l'administration par des catégories de citoyens qui pourront en appeler à l'opinion publique si on l'oppose au contrôle interne du Conseil d'Etat qui se considère un peu comme le supérieur hiérarchique de l'administration. C'est donc encore une vision très politique du problème.

Il s'agit donc là d'une pure analyse de science politique et administrative à propos d'une matière aussi nettement juridique que le recours pour excès de pouvoir.

Hauriou continue d'ailleurs dans le même sens en développant son idée de tutelle juridictionnelle sur les autorités locales.

D'une part, les assemblées démocratiques sont dépendantes parce qu'elles ont une clientèle électorale à satisfaire. D'autre part, les exemples de népotisme, de concussion et de prévarication ne manquent pas et le Doyen en donne des exemples. Or, la tutelle préfectorale s'est « énervée ». Elle s'est subordonnée à la politique. « L'administration subordonnée à la politique est de la mauvaise administration. La préoccupation électorale fait approuver au préfet ce qu'il ne devrait pas approuver et lui interdit d'annuler ce qu'il devrait annuler » (note précitée).

(151) Note sous Casanova, C.E. 29 mars 1901, S. 1901, III, p. 73 ; notes d'arrêts, II, p. 227.

Puisque la tutelle préfectorale a disparu ou s'est trouvée faussée, une autre tutelle doit la remplacer : celle du juge. Or il convient ici de préciser que c'est une très vieille idée d'Hauriou puisqu'elle remonte à son article au Bequet en 1892 sur la décentralisation (n. 111 et suiv.). Il estimait, dès cette époque, qu'un juge était le seul garant d'une tutelle dans la liberté. Cette tutelle s'est réalisée dix ans après avec l'arrêt Casanova. Voilà un assez bel exemple de prophétie. Quant à la part de la science administrative dans cette analyse, elle est manifestement prépondérante (152).

Ainsi donc les utilisations du droit constitutionnel, de la science politique et administrative se joignent à celles du droit privé et de l'histoire du droit. Constamment entremêlées dans les matières les plus typiquement administratives, ces ingérences de disciplines étrangères ont un sens bien précis dans le cadre de l'œuvre de Maurice Hauriou. Il ne suffit pas d'écrire que, d'une part, Hauriou utilise de multiples disciplines au service du droit administratif et, d'autre part, de constater comme on l'a fait dans la première partie que les théories spécifiques d'Hauriou sont des théories d'équilibre. Il est nécessaire de lier les deux démonstrations et de dégager le sens de cette liaison. Pourquoi Hauriou utilise-t-il ces diverses disciplines ? Ce sera l'objet d'une section III.

SECTION III

TECHNIQUE ET FONDEMENT D'UTILISATION DE CES DISCIPLINES

L'analyse minutieuse des diverses disciplines utilisées laisse une incontestable impression de richesse. Le mot qui tentait sans cesse la plume était « culture » mais plus que la grande culture, une parfaite

(152) On peut également citer comme exemple d'utilisation du droit constitutionnel dans les matières purement administrative les commentaires d'Hauriou sur la loi du 17 juillet 1900 sur le silence de l'administration.

Mais cette notion de bonne administration est à la base d'autres analyses. Hauriou approuve vigoureusement la loi du 17 juillet 1900 sur le silence de l'administration assimilé à une décision de rejet susceptible de recours contentieux. Cette loi permet un contrôle de l'inaction de l'administration. Ceci combiné avec la large intervention des administrés dans le contrôle administratif prend une très grande importance avec les lois de 1884 et 1901 sur la liberté syndicale et la liberté d'association. Car *en groupe* les citoyens se montrent beaucoup plus hardis qu'individuellement et s'ingèrent par la voie du recours pour excès de pouvoir beaucoup plus facilement dans les actions et inactions de l'administration. (Sur ce point, voir 11^e édition du Précis de droit administratif, p. 345.) C'est donc le développement des libertés publiques qui explique et permet le développement du recours pour excès de pouvoir. Cette notion de puissance du groupe, de dynamisme du groupe, notion purement sociologique est à la base de cette analyse.

Il faut d'ailleurs ajouter qu'à ce contrôle interne vient s'ajouter un contrôle externe : celui de l'administration consultative qui intéresse manifestement Hauriou.

mobilité d'esprit, une souplesse d'adaptation aux différentes disciplines, l'habileté qui permettait à l'auteur d'en dégager tout le suc pour en nourrir le droit administratif, la curiosité intellectuelle sans cesse aux aguets. Toute cette richesse et tous ces efforts étaient apparus en ordre dispersé : c'est qu'il y a deux visions possibles d'une armée en marche.

— *Ou bien sur le terrain* on étudie la structure des régiments, le niveau de l'armement, le niveau d'instruction et le moral des troupes, le terrain tactique où va s'engager le combat. Par cette méthode on connaîtra l'instrument brut.

— *Ou bien dans un effort synthétique*, il s'agira d'insérer le terrain tactique dans la stratégie globale, cette armée dans la nation dont elle est le produit et le but final de politique générale qui a déterminé son ordre de marche précis et concret. Par cette méthode on connaîtra le but.

La première démarche correspondait aux sections précédentes ; la seconde démarche animera l'ensemble de cette section.

Mais sur la notion de but il faut ici s'entendre :

— Il y a des buts immédiats.

— Il y a également le but lointain et final.

Les buts immédiats sont encore, sans contradiction, des techniques : Les diverses disciplines, en ordre dispersé, analysées dans les sections précédentes doivent être d'abord restituées dans leur mouvement et leur coordination intime. C'est à ce problème que correspondra la sous-section I « Techniques d'utilisation de ces disciplines ».

Les premiers buts immédiats de coordination des disciplines étant atteints, on se rend compte qu'ils sont encore eux-mêmes au service d'un but plus général, antérieur et supérieur. C'est à ce but final que sera consacrée la sous-section II « Fondement de l'utilisation de ces disciplines ».

Disciplines dispersées, coordination de ces disciplines par certaines techniques, but final de la coordination, telle est la machinerie qui semble permettre de démontrer le mécanisme intime de la pensée du Maître de Toulouse.

SOUS-SECTION I

TECHNIQUE D'UTILISATION DE CES DISCIPLINES : LES PONTS INTERDISCIPLINAIRES

En apparence les développements de cette sous-section ne seront pas très nombreux. On y trouvera de nombreux éléments déjà découverts dans la Première Partie et la Deuxième Partie. Mais ces éléments étaient isolés et sans vie. On va tenter de les mettre en mouvement c'est-à-dire de les coordonner. La multiplicité des disciplines (§ 1) est au service des thèses de *via media* (§ 2).

PARAGRAPHE I

La multiplicité des méthodes.

La technique et la fonction des différentes disciplines sont très différentes dans chaque cas. Techniques et fonctions sont d'ailleurs liées. On tentera cependant de les distinguer pour la clarté de l'exposé.

A. — LES FONCTIONS.

On peut en dénombrer trois.

— Dans certains cas, Hauriou utilise diverses disciplines dans un *but purement pédagogique*. Hauriou n'oublie jamais qu'il est professeur.

— Dans d'autres, l'utilisation d'une discipline étrangère à la matière correspondra pour partie à un *but pédagogique (faire comprendre)* et pour partie à un *but scientifique (évoquer)*.

— Dans d'autres cas enfin, Hauriou utilise délibérément les disciplines étrangères *pour expliquer* un problème jusque là demeuré obscur.

a) *Dans le premier type de cas, Hauriou se veut pédagogue.* Dans ce cas, l'utilisation de la discipline étrangère sert à rendre plus clair un problème sans difficultés scientifiques. On en trouvera un exemple facile dans une note sous l'arrêt Marguerite Durand (153). Dans cette affaire, le Préfet avait refusé le récépissé de déclaration de candidature d'un candidat de sexe féminin et le Conseil d'Etat lui avait donné raison en affirmant la candidature inexistante. Peu important d'ailleurs les circonstances plus précises de l'affaire et le raisonnement juridique du Doyen Hauriou. Il suffit de préciser qu'ayant résolu le problème, à savoir que la loi du 17 juillet 1889 sur la déclaration de candidature n'était pas une loi d'exception devant être interprétée strictement puisqu'elle était incorporée à l'ensemble des textes sur les élections législatives et, par conséquent, avait une portée aussi générale que tous les autres textes, Hauriou affirme qu'à Rome, où la matière électorale était très étudiée, il existait aussi une déclaration de candidature. Or cette déclaration de candidature était un fait juridique qui, à lui seul, ne constituait pas de droit et les conditions d'éligibilité étaient examinées par le magistrat présidant les comices, au moment de la *Professio* du candidat, c'est-à-dire au moment de sa déclaration de candidature.

Il est clair, ici, que la référence au droit romain n'a rien apporté de nouveau en dépit des apparences : Hauriou avait déjà démontré que le Préfet était libre de refuser la déclaration de candidature d'une

inéligible et que, ce faisant, il n'empiétait pas sur le pouvoir des Chambres; il ajoute que le droit romain procédait ainsi. *Cette comparaison lui a permis une plus grande clarté; mais le raisonnement n'a pas avancé d'un pas.*

La situation est déjà différente quand Hauriou veut évoquer et suggérer.

b) *Hauriou évoque et suggère.*

Dans ce cas, Hauriou n'explique pas encore totalement une théorie. Mais il n'est plus seulement pédagogue. Grâce à telle ou telle discipline, il tente de jeter un aperçu sur la matière analysée. Comme beaucoup de grands maîtres, il lui est impossible chaque fois de jeter une lumière crue sur tous les problèmes. Il suggère et se contente souvent de suggérer. Un jour ses héritiers se servent de ces intuitions. Le meilleur exemple de cette méthode suggestive et évocatrice réside dans une analyse déjà faite du renversement de la théorie du risque à la théorie de la faute.

On a déjà vu qu'après avoir donné les raisons techniques de l'abandon de la théorie du risque, il a tenté d'aller plus loin et de suggérer qu'au fond, en dépit des apparences, la théorie du risque était plus primitive que la théorie de la faute (voir note sous Tomaso Greco, précitée). Et il tente de le montrer par le fait que la théorie de la faute s'exerce logiquement comme une critique de la théorie du risque. On commence par déclarer responsable de tous les risques, même des cas fortuits, celui qui fait certaines entreprises. *C'est efficace mais sommaire et injuste.* « Alors on est amené à distinguer, à établir des catégories, à marquer des nuances et à restreindre la responsabilité aux cas de faute volontaire, en éliminant les cas fortuits. Voilà, semble-t-il, le processus naturel de la responsabilité pour toutes sortes de risques, on va vers une responsabilité limitée au seul risque de la faute » (note sous Tomaso Greco, précitée). *Hauriou fondait ici son intuition sur le fait qu'au fond le droit romain était beaucoup plus raffiné que le nôtre.*

On aperçoit ici nettement la spécificité de cette utilisation : Hauriou n'a manifestement pas expliqué en profondeur les fondements (et non les raisons techniques qu'il a remarquablement dégagées) du renversement du risque à la faute. Il a seulement indiqué un chemin : le raffinement et la grossièreté respective des deux théories. Il n'a pas non plus recherché un but pédagogique : il pouvait se contenter à cet égard d'exposer les données techniques du renversement. S'il a ajouté l'idée du « raffinement-grossièreté » c'était pour suggérer, pour évoquer (154).

(154) Comme exemples supplémentaires de suggestions, ses quelques lignes sur « La cause juridique » (arrêt Trépoint) ou sur les mesures d'ordre intérieur (arrêt Le Moigne), sources de deux thèses célèbres. Voir troisième partie, chapitre I.

Il n'en sera pas de même dans le troisième cas.

c) *Hauriou explique.*

Dans ce cas l'utilisation de disciplines différentes ne se borne pas à clarifier le problème ou à jeter quelques lueurs; elle entend, ici, expliquer globalement la matière analysée. L'exemple qui peut en être donné réside dans l'analyse déjà exposée des bases constitutionnelles de la faute de service. On ne reprendra pas l'analyse dans le détail.

On se contentera de rappeler que pour Hauriou agents subalternes et hauts fonctionnaires forment en réalité un bloc face au public. Ils ne sont pas préposés du public, car en vertu des théories constitutionnelles d'Hauriou sur la prééminence de l'exécutif, ils en sont les dirigeants et le gouvernement. *Cette théorie de bloc contre bloc explique que le service pris globalement puisse commettre des erreurs.* Ce sera donc le fondement de la théorie de la faute de service qui exonère l'Etat de la responsabilité des délits de droit commun de ses agents. Par contre, si l'on ne suivait pas cette théorie de la base constitutionnelle de la faute de service, on ne comprendrait pas le maintien de la théorie de la faute de service. En effet, auparavant, le Tribunal des conflits avait qualifié l'agent de préposé de l'administration, c'est-à-dire de la haute administration, enlevant toute homogénéité au bloc réel que constitue le service face au citoyen. Or ce bloc est la base même de la notion de service et de faute de service (155).

Quelle que soit l'appréciation qu'on portera sur cette théorie, on en reconnaîtra la cohérence : En utilisant sa conception de la souveraineté nationale et du régime représentatif, Hauriou entend *expliquer totalement* une des théories fondamentales de la responsabilité administrative.

B. — LES TECHNIQUES.

On a déjà indirectement aperçu dans le corps des deux sections précédentes du même chapitre, comment ces disciplines diverses étaient utilisées. On se contentera ici de les rassembler en les systématisant.

a) *La première technique d'utilisation des disciplines peut s'énoncer ainsi : Hauriou utilise les disciplines soit dans des terrains qui naturellement les appellent, soit dans des terrains qui naturellement ne les appellent pas.* Les exemples n'ont pas manqué. Comme exemple du premier type, on rappellera la théorie des rapports du gouvernement et du Parlement, explicative du règlement d'administration publique, la théorie de la souveraineté nationale, la théorie des principes généraux du droit, celle de la fonction gouvernementale et admi-

(155) Selon Hauriou, seule sa théorie permet à l'Etat de dire « Je réponds de la fonction ou du service, non du fonctionnaire » (Note précitée sous l'arrêt Lemetti).

nistrative, son appréciation sur la latitude gouvernementale dans l'application des lois. Comme exemple du second type, les bases constitutionnelles de la faute de service, la théorie de la garantie administrative des fonctionnaires, celle du préjudice anormal, celle de l'irresponsabilité de l'Etat, le recours contre les actes des Assemblées délibérantes, les services économiques municipaux.

Dans les premiers cas, manifestement, l'utilisation du droit constitutionnel par d'autres auteurs est fréquente; dans les seconds cas, elle est rare et presque inexistante.

b) *La seconde technique s'énoncera ainsi :*

Hauriou utilise des disciplines étrangères soit pour expliquer globalement une matière, soit pour en expliquer seulement certains secteurs. Comme exemple du premier type, on rappellera l'utilisation de l'histoire pour expliquer la *summa divisio* du droit administratif en plein contentieux et contentieux de l'annulation. Comme exemple du second type on rappellera l'histoire du droit commercial et du commerce juridique susceptibles d'expliquer certaines règles du contentieux de pleine juridiction.

c) *La troisième technique s'énoncera ainsi :*

Hauriou colore ses développements par une théorie générale étrangère au droit administratif (quoique née partiellement de lui). Ainsi il colore toutes ses analyses par des données très générales qu'il faut imputer à sa vision philosophico-politico-constitutionnelle globale.

Il suffira de rappeler l'importance de la théorie de l'institution avec ses conséquences de contrepoids qui colorent toute l'œuvre administrative de Maurice Hauriou. Il en est ainsi de la théorie de la moralité administrative (voir première partie, chapitre I).

d) *La quatrième technique s'énoncera ainsi : Hauriou, dans l'utilisation des disciplines étrangères, tentera quelquefois de raisonner par similitude.* Mais la technique de la similitude sera différente selon qu'il s'agira de *comparaisons proches* ou de *comparaisons lointaines*. Comme exemple de comparaison lointaine, on rappellera que c'est de la comparaison de l'importance du commerce juridique à travers de nombreux droits et de nombreuses civilisations (156) qu'il a déduit la prédominance du commerce juridique de la vie privée et du droit privé sur le droit public, approche essentielle de son analyse du droit administratif. Comme exemple du second type, on rappellera l'analogie qu'il remarque et tente de pousser à son terme entre l'incapacité du mineur du droit civil et l'incapacité des collectivités locales en droit administratif.

Une définition des comparaisons proches et lointaines semble naître ici de ces exemples. La comparaison proche s'était faite dans le

(156) Sur ce point des descriptions brillantes, dans *Principes de droit public*, 1910, p. 182 et suiv.

cadre de structures juridiques assez voisines et portait sur *deux institutions*. La comparaison lointaine s'était faite dans le cadre de *systèmes très différents* puisque Maurice Hauriou remontait à quatre mille ans avant Jésus-Christ et portait essentiellement sur les fonctions du commerce juridique à travers les âges (157).

e) *La cinquième technique s'énoncera ainsi : Dans l'utilisation de disciplines étrangères, Hauriou utilise directement sa référence; quelquefois il la transforme.* Comme exemple du premier type, on rappellera l'utilisation de la théorie de l'abus de droit dans la zone autonome du fait d'exécution, le détournement de pouvoir, théorie proprement administrative étant réservée à zone de la décision exécutoire. Comme exemple du second type, on rappellera la notion de délit tirée du droit pénal qu'il aménage en délit objectif, notion nouvelle convenant au droit administratif.

f) *La sixième technique réside dans la combinaison des couples précédents :* Maurice Hauriou fréquemment utilise plusieurs techniques à la fois pour cerner son sujet. L'exemple le meilleur qui puisse en être donné réside dans sa théorie de l'irresponsabilité de l'Etat juge et législateur. On sait qu'il l'explique par le fait que les organes judiciaires et législatifs ont été insuffisamment appropriés par la nation. On ne reviendra pas sur l'analyse de cette théorie.

On se contentera de rappeler qu'elle renvoyait :

- à la théorie de la souveraineté nationale (utilisation du droit constitutionnel dans son terrain naturel),
- à la théorie de la personnalité morale (utilisation de l'histoire comme explication d'une théorie partielle),
- à la théorie de l'institution elle-même liée fortement à la théorie de la personnalité morale (utilisation de théories qui colorent l'ensemble de l'œuvre).

On constate donc dans cet exemple l'utilisation de trois techniques différentes.

Mais cette utilisation de trois *techniques différentes* renvoie elle-même à l'utilisation simultanée de plusieurs *disciplines différentes*.

g) *La septième technique s'énoncera donc ainsi : Hauriou utilise rarement de façon séparée les diverses disciplines.* Il les combine sans cesse entre elles dans ses analyses. L'exemple qui en a été déjà donné de l'irresponsabilité de l'Etat juge et législateur est assez clair pour qu'on n'y revienne pas. Dans cet exemple, droit constitutionnel, science politique et administrative (par le biais de la théorie de la souveraineté) et droit public général (par le biais de la personnalité morale et de l'institution) se combinaient harmonieusement.

(157) Sur ce thème comparatif voir M. Maurice DUVERGER, « Méthodes des sciences sociales, 1962, pp. 79, 382, 384 dont les développements méthodiques sont très convergents.

Mais si les techniques se combinent entre elles, si l'une des techniques consiste à combiner entre elles les diverses disciplines, de même peut-on combiner à la fois les techniques (A) et les fonctions (B).

C. — COMBINAISON DES TECHNIQUES ET DES FONCTIONS.

Les trois fonctions dégagées correspondaient à trois niveaux différents :

- Le niveau de l'explication systématique.
- Le niveau de la gestion scientifique.
- Le niveau simplement pédagogique.

a) *En ce qui concerne le niveau de l'explication systématique, il est hors de doute que Maurice Hauriou préfère utiliser la sixième et la septième techniques dégagées* : L'une et l'autre conduisant à combiner à la fois plusieurs techniques et plusieurs disciplines étrangères au droit administratif. Il utilise plusieurs disciplines à la fois, dans des terrains qui les appellent naturellement ou dans des terrains qui ne les appellent pas, pour expliquer globalement son problème en même temps que pour adosser son explication globale à des explications partielles qui la renforcent, pour colorer la matière et pour l'expliquer techniquement dans ses détails de procédures, pour comparer de façon proche ou lointaine, de façon volontairement servile ou après transformation. Un des exemples qu'on peut en donner, réside dans sa théorie de la responsabilité qu'on a vu revenir sans cesse dans les divers développements ci-dessus. Le droit romain, le droit civil, le droit pénal, l'histoire globale, l'histoire partielle, le droit constitutionnel, la science politique et administrative et toutes ces disciplines dans leurs diverses techniques d'utilisation ont été utilisées en même temps pour contribuer à l'élaboration de sa théorie générale de la responsabilité. Il est inutile de l'exposer à nouveau. On renverra sur ce point aux divers développements de la première partie et des deux premières sections du chapitre I^{er} de la deuxième partie.

b) *Au niveau de la suggestion scientifique*, l'utilisation des diverses techniques et des disciplines sera différente. On en donnera pour exemple sa note sous l'arrêt Commune de la Bassée (158). Dans cette note comme dans bien d'autres, Hauriou se révèle défenseur mesuré de la décentralisation. On a vu (159) que le Doyen de Toulouse était parfois partisan de la centralisation, parfois partisan de la décentralisation, selon les domaines analysés. En l'espèce il s'agissait de lutte contre l'incendie : voilà un domaine qui paraît à Hauriou spécifiquement communal ou départemental. Pour asseoir son raisonnement, il rappelle que dans l'antiquité la création de l'institution royale était liée à la lutte contre le feu. Les pompiers sont devenus rois. Ainsi

(158) C.E. 24 décembre 1909, S. 1910, III, p. 49, notes d'arrêts, I, p. 326.

(159) En première partie, chapitre I, section II, § 2.

l'importance pour la vie locale de la défense contre le feu s'adosse-t-elle à une vieille tradition.

Cette comparaison est très intéressante et permet même de construire toute une théorie (que le Doyen Hauriou n'a pas construite) de la décentralisation dans l'Etat libéral dont l'essence reposera sur les nécessités de la lutte locale contre les calamités locales. Ainsi, dans l'Etat libéral (et non dans l'Etat interventionniste), seraient nécessairement décentralisés tous les services nécessaires à la lutte locale contre les calamités locales, seraient centralisés ou soumis à une tutelle très étroite tous les autres services (160). Peu importe d'ailleurs la vérité de cette théorie : il suffisait de montrer que l'exemple de l'origine royale des pompiers correspondait au niveau de la suggestion scientifique.

Or cette suggestion utilise à la fois une discipline et une seule (histoire du droit) et plusieurs techniques :

- la comparaison lointaine (quatrième technique) ;
- l'utilisation du droit romain et de l'histoire du droit dans un terrain qui, normalement, ne les appelait pas (première technique) ;
- tentative d'explication globale de la décentralisation dans l'Etat non interventionniste (deuxième technique).

On constate donc qu'une suggestion isolée utilise une discipline et plusieurs techniques.

Mais il faut nuancer notre propos : En sciences humaines les lois ne correspondent jamais à des certitudes mais à des probabilités.

En ce qui concerne les deux niveaux de l'explication systématique et de la suggestion, il est bien évident que les propositions avancées correspondent à des *corrélations* plus qu'à des lois rigides.

Il y a seulement *corrélation* entre l'utilisation simultanée de plusieurs disciplines et de plusieurs techniques et le niveau d'explication systématique.

Il y a seulement *corrélation* entre l'utilisation simultanée d'une seule discipline et de plusieurs techniques et le niveau de la suggestion.

Ces corrélations indiquent donc plutôt des probabilités que des certitudes.

c) *En ce qui concerne le niveau pédagogique, il est impossible d'énoncer une quelconque loi de probabilité.* Et cela se comprend en raison de la nature même de ce niveau : Au niveau pédagogique, il n'est plus souhaitable d'utiliser tel système plutôt que tel autre. *Au niveau pédagogique « on fait feu de tout bois ».* Le pédagogue n'est pas limité par les exigences scientifiques car une relative certitude scientifique est considérée comme acquise par des recherches antérieures : *il s'agit uniquement de trouver la technique d'exposé qui rendra plus claires les certitudes acquises.* Cette technique d'exposé

(160) Le noyau fondamental *mais non exclusif* de la décentralisation dans l'Etat libéral correspondrait aux services locaux de lutte contre les calamités locales.

ne s'embarrassera d'aucun autre scrupule que celui de la fidélité à la recherche scientifique. Mais la fidélité maintenue, tous les moyens sont bons pour exposer un problème. Tout ceci explique qu'il soit impossible de dégager une loi même corrélative au niveau pédagogique.

A cela il est possible de faire une objection : *Cette explication supposerait une distinction arbitraire et superficielle entre la recherche et la pédagogie.* Il arrive souvent qu'en cherchant à exposer une idée, on en trouve bien d'autres et l'on se rend compte de la difficulté insoupçonnée du problème. *Dès lors avant d'exposer il faut résoudre.* C'est le drame de bien des leçons d'agrégation ...

Cette objection en réalité n'est pas recevable. Sans doute recherche et pédagogie sont-elles ontologiquement liées. Mais il ne faut pas oublier que dans la pratique quotidienne tout dépend du but que l'on se propose de réaliser : Un cours de capacité en droit ne posera pas en principe de grands problèmes de recherches tant à ce niveau les notions sont sommaires. Il est infiniment probable qu'un cours de capacité en droit ne constituera pas l'occasion de découvrir quelque vérité fondamentale jusque là ignorée ... Par contre, un cours de doctorat avec ses exigences de grande minutie et de pénétration intime de la matière analysée pourra être l'occasion d'une belle découverte.

Il semble qu'au niveau de la pratique quotidienne, le système de la liaison ontologique entre la recherche et la pédagogie qui reste vrai globalement se relativise et ne conserve une valeur que dans certains cas (161).

Cette différence d'échelle d'explication explique qu'il soit possible d'affirmer en même temps la liaison ontologique de la recherche et de la pédagogie et la séparation pratique de ces deux attitudes de la pensée.

L'objection de leur inévitable liaison n'est donc pas fondée et nous maintenons notre thèse explicative de l'impossibilité de dégager au niveau pédagogique quotidien (qui était celui d'Hauriou) des lois corrélatives d'utilisation de diverses disciplines et de diverses techniques. En toute hypothèse, quelle que soit la portée de l'explication proposée, il faut se rendre aux faits : la simple lecture des œuvres d'Hauriou indique une absence totale de cohérence des méthodes, chaque fois que l'illustre Doyen se contente d'être un pédagogue. Les exemples

(161) On touche une des grandes lois des sciences humaines et physiques. Le système d'explication change selon qu'on se place au niveau « macro » ou au niveau « micro ». La science politique connaissait déjà ce problème avec l'impossibilité (par exemple) d'étudier les problèmes électoraux au niveau communal comme elle les étudie au niveau national. Au niveau national on découvre quelques grands courants politiques adossés à des classes ou à des idéaux religieux. Au niveau communal, le grand courant semble se fondre et les facteurs d'explication perdent beaucoup de leur importance pour faire place à des facteurs d'une autre nature : influence de telle personnalité, de tel fait particulier, etc. (sur ce point voir Maurice DUVERGER, « Méthodes des sciences sociales », p. 330). De même les différences d'échelles d'explication dans le monde physique semblent poser le même problème.

abondent. Il serait fastidieux de les énumérer ici. Le plus élémentaire bon sens permet de comprendre d'ailleurs que les exigences de la méthode scientifique sont beaucoup plus rigoureuses que celles de la simple pédagogie et qu'ainsi il est normal que celle-ci s'estime plus libre que celle-là. Mais si le but immédiat d'utilisation de ces diverses disciplines et techniques était au service d'un certain système méthodique coordonnateur dont on a tenté de démontrer le mécanisme, *ce même système de coordination est au service d'un autre but immédiat, les thèses médianes.*

PARAGRAPHE 2

Les thèses médianes.

L'utilisation de ces diverses disciplines est au service des thèses de *via media*.

On a déjà vu tout au long des développements de la première partie et des deux premières sections du chapitre premier de la deuxième partie que les thèses médianes abondent. Thèse médiane que celle de la décision exécutoire avec son privilège du préalable et de l'exécution d'office qui engendre contre elle-même un contentieux qui la bride.

Thèse médiane que cette oscillation qui mène l'auteur de la théorie de la faute à celle du risque pour revenir ensuite à la faute mais à une faute administrative qui tient compte tout autant des intérêts respectifs du service, du fonctionnaire, de l'administré.

Thèse médiane que celle des statuts réels et des droits réels, base de la théorie du domaine public et celle de la fonction publique et qui les définit toutes les deux comme intermédiaires entre des théories de puissance publique pure et de patrimonialité pure.

Thèse médiane que la théorie dialectique de la puissance publique et du service public, notions toutes deux maîtresses et tour à tour dominées.

Au fond, Hauriou a toujours voulu, dans chacune de ses analyses, même les moindres, se tenir à l'écart de deux maux : le droit objectif et le droit subjectif. L'un défendu par Duguit, l'autre par quelques auteurs allemands. L'un qui est un droit de fonction, l'autre qui est un droit de domination. Ce qui dictait à Hauriou cette conception globale, c'était la croyance profonde en un système d'explication pluraliste. Pluralisme universel qui est pour lui une conséquence ou une expression « du dualisme de la forme et de la matière irréductible depuis quatre mille ans de philosophie » (162).

(162) Précis de droit constitutionnel, 2^e édition, préface *in fine*. Voir Introduction, section II.

Or, ce pluralisme et ces thèses médianes sont fortement liés à l'utilisation de ces diverses disciplines. Il serait normal qu'un moniste utilise exclusivement un droit purement privé de commerce juridique ou un droit purement public, de puissance publique, de police pure. Son pluralisme et son goût des thèses médianes l'empêchaient de commettre une pareille atteinte aux règles de la méthode réaliste. En philosophie, en histoire, en sociologie, en droit, la réalité est pluraliste. Comment dès lors s'étonner de l'utilisation simultanée de plusieurs disciplines et de plusieurs techniques, seules susceptibles par leur convergence d'adhérer étroitement aux réalités multiformes du monde, en particulier juridique, qui nous entoure. En somme, à la pluralité du réel doit correspondre la pluralité des instruments capables de comprendre ce réel.

Il suffira d'un exemple (la multiplication des exemples devenant vite fastidieuse) pour comprendre sur le vif la liaison entre son goût pour les thèses médianes et l'utilisation fréquente de diverses disciplines et techniques : Sa théorie des droits réels administratifs ou du statut réel de certaines catégories de fonctionnaires a de toute évidence emprunté la notion de droit réel au droit privé. Il est inutile d'insister sur ces points déjà analysés; on se contentera de rappeler que Maurice Hauriou a tiré de la notion de droit réel tout ce qu'elle pouvait lui donner, à savoir le rapport immédiat de l'homme et de la chose et donc une grande stabilité.

Mais en même temps cette stabilité normale dans le cadre du droit privé ne peut constituer une notion maîtresse en droit public marqué par la précarité nécessaire à la souplesse de toute vie gouvernementale et administrative. *Du choc de ces deux pôles, naît donc l'idée du droit réel administratif qui garantit une certaine stabilité au regard des tiers mais non au regard de l'administration.* Cette thèse incontestablement médiane ne pouvait s'élaborer qu'à partir de l'utilisation de deux disciplines. Si l'on ajoute que Maurice Hauriou sentant la nouveauté de la thèse a préféré lui ajouter un autre argument tiré de la similitude avec la situation des précaristes romains, on constate qu'une troisième discipline est utilisée : celle du droit romain.

D'ailleurs, non seulement diverses disciplines mais encore diverses techniques d'utilisation ont été utilisées dans cette théorie. Les disciplines ont été utilisées en même temps par voie de comparaison lointaine, le précariste romain (4^e technique), par transformation et non par imitation servile du concept civiliste de droit réel (5^e technique), pour expliquer globalement sa théorie de certains droits domaniaux et de la fonction publique (2^e technique), en utilisant le droit constitutionnel (nécessité de la vie gouvernementale qui explique la précarité) dans une matière normalement réservée aux pures analyses de droit administratif (1^{re} technique).

Cet exemple démontre la liaison profonde de son pluralisme et de son goût pour les thèses médianes avec son pluralisme instrumental.

En même temps, cet exemple nous révèle la profonde nécessité pour Hauriou d'adopter une conception fonctionnelle du droit. Un moniste a certaines difficultés pour admettre que le droit ne constitue pas une science parfaitement rigoureuse. Le concept de base étant inventé ou puisé à d'autres sources, différents concepts sont déduits du concept de base, d'autres concepts encore plus dérivés viennent brocher sur le tout et la construction ingénieuse bâtie par l'architecte consciencieux doit tout à la logique formelle enfermée, comme elle l'est, dans son autarcie. Dans cette perspective, les théories juridiques sont nécessairement conceptuelles.

Par contre, un pluraliste comme Hauriou non seulement admet mais encore considère comme une nécessité une conception fonctionnelle du droit. L'important n'est plus de construire une théorie parfaite, une construction caractérisée par une grande rigueur interne; l'important est de bâtir une explication qui rende compte de la modification incessante des faits, qui facilite cette modification dans les directions les plus facilement perceptibles. Si la rigueur vient par surcroît, ce sera préférable. Mais si la rigueur n'est pas totale, il vaudra mieux jeter dans « le commerce juridique » une théorie vivante et souple qui se modifiera d'elle-même au contact des faits.

Le monisme conduit à la limite du respect le plus profond de la technique juridique dans sa perfection solitaire. Le pluralisme considère les différents droits comme des instruments qui s'éclairent les uns les autres. Instruments, c'est dire que la technique juridique n'est plus considérée comme but en soi mais comme moyen au service de la vie.

Le pluralisme social lié au pluralisme des instruments juridiques conduisent ici directement à une conception fonctionnelle du droit dans la mesure où c'est toujours très consciemment dans un but utilitaire que Maurice Hauriou utilise simultanément plusieurs disciplines et techniques.

Le monisme dans sa solitude conduisait aux théories conceptuelles; le pluralisme dans le mouvement de la vie conduit aux théories fonctionnelles (163).

Ainsi s'explique de façon très intime l'attachement d'Hauriou aux théories fonctionnelles. « Il est rare que la réalité se prête à des affirmations tranchantes car elle est infiniment complexe (164). Il y a autant de chances de se tromper à dire que les notions de personnalité juridique et de droit subjectif doivent être chassées de tout le droit public qu'il y en avait à croire qu'elles devaient y être partout. Il est infiniment probable que dans certaines matières elles

(163) Ce lien entre monisme et conceptuel, pluralisme et fonctionnel ne semble pas avoir été relevé M. VEDEL, qui dans « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein », précité, ne semble pas émettre d'hypothèses à ce sujet.

(164) Note sous affaire chemin de fer d'Orléans, C.E., 16 juillet 1909, S. 1909.III, p. 97 ; notes d'arrêts III, p. 211.

ne doivent pas être employées, mais que dans d'autres elles doivent l'être, *parce qu'elles aboutissent à des résultats plus satisfaisants et plus justes* ».

On ne saurait mieux dire qu'il convient de s'opposer aux juristes de cabinet qui inventent des concepts sans se préoccuper s'ils produiront des résultats plus satisfaisants et plus justes.

Cette caractéristique fonctionnelle s'explique donc par le pluralisme social et instrumental d'Hauriou (163).

Il est clair cependant que cette conception ne va pas sans difficultés car elle conduit quelquefois à des tautologies. On en donnera ici un exemple révélateur : sa théorie de l'urgence.

En la matière, la position d'Hauriou s'explique par sa crainte de la théorie des pouvoirs de guerre, « colossale épave qui sert à laver toutes les illégalités et toutes les fautes et à diluer toutes les responsabilités » (note sous Delmotte et Senmartin précitée). A la théorie des pouvoirs de guerre, il préfère donc la théorie des circonstances et de l'urgence attachée au pouvoir de police et qui lui paraît présenter plus de garanties.

Ainsi, la théorie de l'urgence liée au pouvoir de police ne sera pas applicable au domaine des contrats qui est par nature étranger aux matières de police. Ainsi que le dit M. Lucien Nizard (166) : « On est dès lors tenté de penser que pour Hauriou la théorie de l'urgence joue contrairement à celle de la nécessité dans un domaine qui peut être délimité *a priori* : celui des matières de police ».

Effectivement, c'est bien dans ce sens que s'oriente Hauriou puisque dans sa note précitée sous l'arrêt Delmotte, il affirme qu'il y a bien « une catégorie de lois de police et de sûreté qui doivent être exécutées d'urgence... ».

Mais si l'urgence renvoie à des catégories, comment définir, c'est-à-dire limiter ces catégories ? Hauriou répond « qu'aux conditions énumérées... en ce qui concerne l'exécution des lois par la voie administrative, il conviendra d'ajouter *l'urgence qui donne aux lois le caractère de police et de sûreté* » (note précitée).

(165) Il convient de rappeler une anecdote révélatrice narrée par le Professeur Charlier : Mestre qui correspondait régulièrement avec Hauriou lui avait une fois écrit pour discuter d'un arrêt. Hauriou répond consciencieusement donnant des arguments pour et contre, construit sa théorie et conclut en écrivant : « Et si la jurisprudence n'allait pas dans ce sens ? Eh bien *nous aviserons*. » La théorie lui importait peu. Il s'agissait avant tout pour lui d'adhérer au réel. La théorie existe pour jouer un rôle : si elle ne peut le jouer, on ne changera pas le rôle, on changera la théorie. Un autre exemple caractéristique de théorie fonctionnelle réside dans sa conception de la puissance publique. « Sur quoi sont fondés les privilèges de la puissance publique ? Uniquement sur des raisons de nécessité publique. *Ce n'est pas la qualité de l'Etat par elle-même* (par nous souligné) qui les entraîne, c'est la nécessité de donner des armes à l'Etat ». (Note sous l'arrêt Salles, S. 1912.III, p. 179 ; notes d'arrêts III, p. 510.) La cohérence de la théorie de l'Etat lui importe peu. Les nécessités quotidiennes de l'action gouvernementale lui importent beaucoup.

(166) « La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la légalité », Thèse, Paris, 1964, p. 107.

L'urgence renvoyait à une catégorie de lois; or, cette catégorie de lois semble ne se définir que par l'urgence. Voilà une « explication » qui ressemble à celle de la vertu dormitive de l'opium !

Or, il faut apercevoir que cette explication tautologique découle directement de sa conception fonctionnelle du droit. Il ne s'agit pas pour lui d'inventer des théories rigoureuses qui seront bien vite démenties par les faits. *Il s'agit seulement d'émettre une hypothèse vraie ou fausse pour parvenir à un certain but : en l'occurrence, éviter l'extension de la théorie très dangereuse des pouvoirs de guerre.*

Cette conception fonctionnelle du droit est encore adossée à sa prédilection très platonicienne pour les idées et leur royaume. Il croyait à la vie autonome des idées et donc se préoccupait assez peu de leur rigueur initiale. Pour lui, les idées avaient une existence objective, mais cette existence objective n'était pas le privilège des idées justes. Pour discerner les justes des fausses, une expérimentation était nécessaire. Il « essayait » donc les idées, en les lançant en circulation à ses cours, dans ses livres et notes d'arrêts. « Bien entendu si l'expérimentation allait jusqu'à la traduction dans les faits, l'optimum était atteint... Mais le simple passage dans les consciences subjectives donnait déjà une approximation appréciable de la justesse ou de l'inexactitude d'une idée » (167). Cette conception du royaume autonome des idées ne pouvait qu'augmenter encore sa méfiance pour les systèmes définitifs cohérents et rigides. A ses yeux, sa conception fonctionnelle du droit en était certainement renforcée.

Les disciplines analyses avaient renvoyé à leur coordination et leur coordination renvoie aux thèses médianes, au pluralisme et à une conception fonctionnelle du droit. Quelle est donc la clef de ce pluralisme ? Quelle notion essentielle explique le goût très marqué d'Hauriou pour les thèses dosées, nuancées, intermédiaires ?

Cette notion, c'est l'équilibre, fondement final de l'utilisation des diverses disciplines et techniques par l'auteur des ponts interdisciplinaires.

L'équilibre formera l'objet des développements de la sous-section II.

Sous-SECTION II

FONDEMENT DE L'UTILISATION MULTIDISCIPLINAIRE : LA RECHERCHE DE L'EQUILIBRE

« Pour lui le droit est comme un beau fleuve qui n'a d'existence, de réalité que par le mouvement, ne se conçoit pas arrêté, figé, et qui

(167) Extrait d'une conférence prononcée par M. André Hauriou. Dans ce sens, voir note, p. 205, Précis de droit constitutionnel, 1^{re} édition.

cesserait d'être lui-même si une eau nouvelle jaillie de la source ne poussait sans cesse vers la mer l'eau qui l'a précédée » (168).

Cette très belle citation empruntée à M. le Professeur Marcel Waline illustre d'emblée la conception qu'Hauriou se fait de l'équilibre. Cet équilibre que tous les développements précédents nous ont déjà fait pressentir comme la notion-clef de son œuvre, Hauriou le conçoit de façon très dynamique. Les forces antagonistes qui se révèlent partout dans la société s'affrontent à certaines périodes de crises suivies de périodes d'accalmie marquée par des compromis. Déjà en cela la vision est très dynamique. Mais on sait par ailleurs tout l'attachement d'Hauriou à la méthode historique et donc aux explications évolutives. Cela ne pouvait que renforcer sa vision dynamique de la société. « Décrire le mouvement social, ce sera donc montrer qu'il consiste en une succession constante de rétablissements d'équilibre. Décrire le mouvement juridique, ce sera avant tout montrer l'équilibre des institutions tel qu'il se fait et se défait sans cesse » (169).

Si la notion d'équilibre a tant d'importance dans l'œuvre administrative d'Hauriou, il est indispensable d'en analyser les composantes.

On distinguera les équilibres sociaux (§ 1) des équilibres juridiques (§ 2).

La pierre philosophale d'après les alchimistes devait opérer la transmutation des métaux vulgaires en or. Il était indispensable d'atteindre la clef de la pierre philosophale d'Hauriou que constitue la notion d'équilibre. Elle doit nous permettre de transformer les matériaux obtenus en une architecture harmonieuse, ouverte, elle, sur la vie.

PARAGRAPHE 1

Les équilibres sociaux.

Le pluralisme d'Hauriou se manifeste à l'évidence dans la conception d'ensemble de son ouvrage « Principes de droit public ». « L'écueil dans une théorie de l'Etat est de se laisser entraîner à une construction subjective dont les matériaux choisis d'une façon trop personnelle soient inutilisables pour les autres. Pour éviter cet écueil, il m'a paru qu'il convenait de s'attacher beaucoup moins à une théorie logique de l'Etat qu'à une *synthèse pratique* d'un certain nombre d'éléments dont chacun serait incontestablement constitutif de l'Etat » (170).

(168) Citation extraite de « Les idées maîtresses de deux grands publicistes français : Léon DUCUIT et Maurice HAURIU, in « L'année politique », mars 1928, p. 55.

(169) Article précité de M. le Professeur Waline.

(170) Préface à la 1^{re} édition, p. VIII.

En effet l'idée de synthèse pratique est la source même de sa conception des équilibres sociaux.

Hauriou dégage l'idée que les équilibres sociaux sont innombrables dans les sociétés politiques modernes. D'abord il perçoit l'équilibre entre les forces nationales et les forces étrangères. Les frontières territoriales marquent le point où s'est établi le compromis. Ensuite la force gouvernementale à l'intérieur du pays peut se trouver équilibrée par la force de réaction du pays légal, autrement dit du corps électoral. De même à l'intérieur des rouages gouvernementaux, des équilibres du gouvernement parlementaire, de l'administration centrale et de l'administration décentralisée. « Et d'autres équilibres plus fondamentaux encore, quoique négligés par le droit constitutionnel, entre les forces politiques et les forces économiques, entre le pouvoir militaire et le pouvoir civil, entre la vie publique et la vie privée, entre la propriété publique et la propriété privée, entre l'activité de l'administration publique et l'activité privée » (171).

Ces équilibres sociaux créent un mouvement uniforme et lent et assurent la permanence du groupe pour économiser sa vie avec un rythme de balancier. En effet, l'équilibre est tellement nécessaire à la longue durée des organismes politiques que dans les plus rudimentaires on finit par le découvrir : « Le roitelet nègre qui coupe lui-même la tête de ses sujets a, à côté de lui, le sorcier » (référence précitée). La monarchie française elle-même au moment de l'absolutisme a vu naître l'opposition des Parlements judiciaires fondée sur le prétexte de l'enregistrement des ordonnances mais dont la vraie cause était qu'il fallait un contrepoids. Et au XVIII^e siècle, lorsque la Monarchie a entendu briser la résistance des Parlements, elle fut immédiatement amenée à sa chute. C'est donc cette modération du pouvoir qui lui permet de durer (172).

Mais les équilibres n'assurent pas seulement la durée et le mouvement uniforme des systèmes sociaux à l'intérieur desquels ils se créent, ils en conditionnent aussi l'organisation. « On appelle organisation d'un système une séparation des agents combinée avec une différenciation des fonctions » (ouvrage précité). En d'autres termes, les organes sociaux ne se sépareraient pas parce que leurs fonctions tendraient à se différencier, ils se sépareraient pour rivaliser de pouvoir et commenceraient par équilibrer leurs forces.

Hauriou tente d'ailleurs de vérifier sa thèse dans l'organisation politique et dans l'organisation économique.

(171) Principes de droit public, p. 11.

(172) Tous ces thèmes appartiennent à Montesquieu (Livre XI, chapitre IV) dont le pluralisme a toujours fait l'admiration d'Hauriou. Où Hauriou se distingue de Montesquieu c'est quand il affirme que si la modération du pouvoir a été le *but réfléchi* des hommes quand ils ont établi des équilibres sociaux, le besoin d'assurer la durée a été leur mobile instinctif. Cette idée de durée lui fournit l'occasion de dissertar sur Bergson, p. 14, voir Introduction.

1) Dans les organisations politiques, la séparation des organes gouvernementaux apparaît essentiellement comme une séparation des pouvoirs et comme un équilibre de forces; la différenciation des fonctions y est secondaire. En réalité, il distingue deux phases. Dans un premier temps, les pouvoirs se sont séparés pour s'équilibrer; dans un second temps, les pouvoirs séparés finissent après un temps plus ou moins long par se contourner dans des fonctions différenciées.

Une fois de plus Hauriou trouve des arguments dans le droit romain. Quand les Patriciens romains substituèrent au roi unique deux consuls avec *par majesta*, c'était uniquement dans une pensée d'équilibre politique et de modération des pouvoirs puisque l'opposition ou *intercessio* de l'un des consuls empêchait l'exécution des décisions de l'autre; mais dans la pratique, les deux consuls ne purent en même temps exercer les mêmes attributions, ils se spécialisèrent sur la base de l'égalité de pouvoirs.

Le droit constitutionnel connaît cependant un autre exemple de séparation des pouvoirs où dès le début les organes sont différenciés par leurs fonctions : la séparation du pouvoir exécutif, législatif et judiciaire. Hauriou sur ce point est assez indécis et ne semble pas plus dans la première édition que dans la deuxième édition des Principes de droit public répondre de façon décisive à cette objection : Il se contente de répondre que cette différenciation réelle des fonctions est en fait une séparation des pouvoirs (ainsi que chacun l'appelle). Or, ce n'est pas là le problème : le problème est de savoir dans tous les cas importants que la séparation des pouvoirs a eu une origine fonctionnelle ou bien une origine politique comme le veut Hauriou. Il est clair que la séparation du législatif et du judiciaire constitue un exemple défavorable à sa thèse. Il le sent si bien qu'il passe très rapidement sur ce problème. Des observations relatives au rôle des équilibres de pouvoir dans l'organisation gouvernementale se déduisent des corollaires intéressants en ce qui concerne la politique.

La politique doit être définie comme étant à la fois la science et l'art des équilibres de pouvoir considérés dans leurs relations avec la stabilité et le bon fonctionnement du gouvernement. La durée du gouvernement et le maintien de l'unité nationale sont les buts que se propose l'homme politique, les moyens qu'il emploie sont les équilibres de pouvoir. Selon le Doyen Hauriou, la maxime machiavélique « diviser pour régner » exprime la règle essentielle de la politique. Sans doute cette maxime apparaît-elle brutale et scandaleuse si elle est ramenée à des préoccupations terre à terre de succès immédiat et à tout prix. Mais cette maxime peut être « anoblée et transfigurée » si l'on observe que l'homme d'Etat ne doit diviser que pour équilibrer et que divisant et équilibrant, il fait durer son gouvernement — objectif à court terme — mais aussi il organise l'Etat. C'est l'occasion pour le Maître de Toulouse de regretter que la science politique ne se soit pas encore de son temps ordonnée d'après ces idées directrices mais il se console en constatant qu'en revanche la pratique les a toujours suivies. Aucun gouvernement n'a jamais duré

qu'en pratiquant le jeu de bascule entre les partis. D'ailleurs, même les hommes les plus intransigeants, très rapidement s'assouplissent au pouvoir et s'appuient tantôt sur la droite, tantôt sur la gauche (173).

2) L'organisation économique : Hauriou tire ses observations fondamentales de l'entreprise de production qui est le véritable agent économique concret. Il croit s'apercevoir que la différenciation fonctionnelle des entreprises de production est précédée et accompagnée d'un phénomène de séparation qui est sous une forme particulière une séparation et un équilibre de pouvoirs et d'intérêts.

D'abord l'entreprise économique n'est possible que sur la base d'une autonomie préexistante qui se traduit juridiquement par la propriété des moyens de production. Cette autonomie crée à chaque entreprise une sphère propre d'influence et sépare les entreprises les unes des autres.

Ensuite chaque entreprise économique a l'ambition de se créer une clientèle, un chiffre d'affaires, d'augmenter ses bénéfices, tous éléments nouveaux qui viendront renforcer sa sphère d'influence propre. De cette ambition du pouvoir économique naît la concurrence. De là la nécessité de lutter contre la concurrence en se groupant. Mais le trust va opérer des différenciations de fonctions parmi les entreprises qu'il englobe. « De plusieurs usines à papier qui auront formé un trust, l'une se spécialisera dans la pâte de bois, l'autre dans le papier sur un mythe, une troisième dans le papier de chiffon » (ouvrage précité, p. 25).

Ainsi la division du travail, avec ou sans entente préalable, semble bien plutôt être due, dans l'industrie et le commerce à la préoccupation d'éviter la concurrence qu'à celle du moindre effort dans le travail. La spécialisation est précédée et conditionnée par la lutte des intérêts et des pouvoirs.

D'ailleurs il suffit, selon Hauriou, de passer en revue tous les problèmes économiques importants pour se rendre compte que tous reposent sur des questions d'équilibre. Ainsi du problème de la valeur, équilibre entre des intérêts, puisque la valeur des choses se ramène à des égalités d'utilité finale. Ainsi du phénomène de l'échange et tous ses dérivés qui sont à base d'équilibre d'intérêts : les banques d'émission, le change d'un pays sur l'autre, le libre échange ou la protection, tous ces phénomènes, toutes ces institutions, tous ces systèmes reposent sur des équilibres entre des valeurs, des utilités et des intérêts. Le Doyen Hauriou déplore très logiquement que les économistes — pas plus que les spécialistes de science politique — n'aient pas eu le courage nécessaire d'inclure dans la définition même de l'éco-

(173) Cette conception de la science politique est en avance de 50 ans sur son époque. Dans le cours de doctorat des années 1959-60 et 1960-61 de M. Duverger sur la droite et la gauche en France, on retrouve des thèmes analogues traités de façon analogue. La matière de ce cours a fait l'objet d'un article « L'éternel Marais », in *Revue Française de Science politique*, février 1964.

nomie politique le postulat de l'équilibre et d'en faire l'idée directrice de leurs études.

C'est encore le cas de qualifier ici Hauriou d'auteur des ponts interdisciplinaires : Les frontières disciplinaires ne semblent avoir aucune importance pour lui et sa culture — révélée par les ouvrages économiques qu'il cite et commente — apparaît immense, ici encore.

PARAGRAPHE 2

Les équilibres juridiques.

Le point de vue de l'équilibre n'a pas moins d'importance pour lui dans le système juridique que dans les diverses pratiques de la vie sociale.

En effet, le procédé premier du droit, quand il s'interpose entre les hommes pour apaiser les conflits, consiste à équilibrer les prétentions des parties et à les départager par un arbitrage. Plus tard, lorsque l'arbitre devenu un juge applique à la solution du litige une règle de droit, cette règle de droit elle-même étant le produit d'un équilibre réalisé entre beaucoup d'éléments sociaux. L'équilibre est donc le but du droit. Mais de quel équilibre s'agira-t-il ?

« La politique équilibre des pouvoirs, l'économie politique des intérêts, quels éléments sociaux vont équilibrer le droit ? Nous l'avons fait déjà pressentir, il va d'une certaine façon les équilibrer tous. La synthèse que poursuit le droit est d'ordre intégral dans la conduite sociale des hommes » (174).

D'abord, le droit poursuit dans la société la réalisation de la paix. La paix, synthèse totale de la société en ce que tous les éléments sociaux participent à la paix. Il faut poser en axiome que la société ne tolère pas l'injustice ou un certain degré d'injustice sans se révolter et sans rompre la paix par des conflits. Le phénomène conçu de la paix sociale est donc lié à la réalisation de la synthèse juridique.

Ensuite, le droit tend à équilibrer les uns aux autres des systèmes synthétiques de droits. Cette synthèse est totale, ce sont toute la société, tout l'homme et toutes les situations qui sont ramassées en ces systèmes de droits. Notamment dans le système des droits sociaux, le droit envisage toute la société dans la complexité de ses relations politiques, économiques, intellectuelles, religieuses, mondaines, et il faut que toutes ces manifestations diverses s'ajustent. Il en est de même du système des droits individuels qui envisage tout l'homme « non pas l'homo pollicicus, ou homo economicus ou l'homo religiosus, mais l'homo universalis » (ouvrage précité, p. 31).

Hauriou étudie l'équilibre juridique du point de vue du caractère synthétique du droit.

(174) Principes de droit public, p. 30.

On respectera scrupuleusement son plan. Pour Hauriou, tout droit opère une synthèse de trois éléments combinés en proportions variables : l'intérêt, le pouvoir, la fonction.

a) *L'intérêt* : un droit est foncièrement un intérêt auquel sont venus s'adjoindre d'autres éléments. L'intérêt a toujours un but pratique parce qu'il apparaît toujours comme un moyen de satisfaire à un besoin. Le système juridique a inscrit la nécessité de l'intérêt dans le droit dans la maxime « Pas d'intérêt, pas d'action ». Or, l'action en justice étant la sanction normale du droit, cela équivaut à dire : « Pas d'intérêt, pas de droit ».

Mais Hauriou reconnaît que l'application de ce raisonnement au droit administratif est peu satisfaisante. Car dans ce droit, les pouvoirs sont dissociés des intérêts. « Disons-nous que le Préfet a le droit de rendre exécutoire le budget de la commune ? Nous ne le pourrions que si par un artifice, nous réussissons à faire remonter jusqu'au préfet lui-même l'intérêt qu'a la commune à l'approbation de son budget. Cet artifice existe dans la théorie de la représentation (175). Dans cette perspective, de même qu'en droit civil, le tuteur représente les intérêts du mineur, de même le préfet représente les intérêts de la commune. Ainsi s'opèrerait en sa personne la combinaison de l'intérêt de la commune et de la compétence de l'administration centrale. *La fiction de représentation à laquelle on a volontairement eu recours prouve à elle seule que le droit ne serait pas complet si l'intérêt n'avait pas été par cet artifice réuni à sa compétence.*

b) *Le pouvoir* : Il n'y a pas non plus de droit sans pouvoir de décision. Le droit administratif ici encore est un excellent terrain d'observation pour saisir la dissociation des éléments. Si, en principe, les administrations n'ont que des pouvoirs, les administrés n'ont que des intérêts. *C'est pourquoi la décentralisation administrative est un régime plus juridique que la centralisation* parce qu'elle tend à rapprocher les uns des autres les intérêts et les compétences pour en faire des droits, tandis que la centralisation tendant à dissocier les intérêts et les compétences raréfie les droits.

Comme contrepoids à ce pouvoir de décision existe la responsabilité. On exerce son droit à ses risques et périls.

c) *La fonction* : Si derrière l'intérêt satisfait ou le pouvoir exercé, n'existe pas une fonction sociale remplie, alors il n'y a pas de droit. Dans ce cas, le système juridique annule les actes et punit. Ainsi du détournement de pouvoir ou des actes de la vie civile entachés d'abus de droit ou annulés pour cause illicite ou défaut de cause.

Selon les cas, l'équilibre entre l'intérêt, le pouvoir et la fonction est variable pour chaque espèce de droit.

Dans les fonctions publiques, l'élément fonction sociale est prédominant. Mais la fonction publique ne va pas sans compétence, c'est-

à-dire sans pouvoir de décision. De plus, l'intérêt se révèle dans deux directions : l'intérêt des administrés à l'accomplissement de la fonction ; d'un autre côté, l'intérêt du fonctionnaire à conserver les bénéfices personnels tirés de sa fonction.

En ce qui concerne les droits civiques, fonction et pouvoir s'y balancent à l'évidence. C'est également un pouvoir et une fonction que d'être électeur, affirme Hauriou, renvoyant dos à dos les constitutionnalistes partisans de l'une des thèses. En même temps, le suffrage représente certainement des intérêts.

De même dans le droit de propriété privée. *On aperçoit immédiatement les deux aspects de pouvoir et d'intérêts. La fonction semble plus cachée.* Elle n'en apparaît pas moins dans les prescriptions rigides qui l'entourent. Par exemple, on n'oblige pas directement le propriétaire à cultiver, mais on compte sur les fréquents changements de propriétaires : si l'un ne cultive pas, d'autres cultiveront. Mais si l'on s'apercevait un jour que la culture n'est plus assurée, alors l'obligation juridique d'accomplir la fonction apparaîtrait sous peine d'expropriation. Hauriou songe ici à la propriété minière sous condition d'accomplissement d'exploitation.

Au fond, le système juridique dresse en face l'un de l'autre deux grands systèmes de droit, l'individu d'une part, la société de l'autre. Non seulement le système juridique équilibre l'un par l'autre la société et l'individu, mais il les utilise tous les deux pour sa propre organisation. Il s'élabore un droit social et un droit individualiste.

« Le droit individualiste a mieux le sentiment des intérêts, tandis que le droit social a mieux le sentiment des fonctions. Tous les deux ont également le sentiment du pouvoir » (176).

Le droit social et le droit individualiste, dans leur action combinée pour l'organisation du système juridique, *sont guidés par le critérium infaillible de la paix ou à l'inverse de la rupture de la paix.* Un jour, la règle juridique préétablie fait son apparition : c'est le meilleur instrument possible de la paix sociale. Sans doute, l'autorité sociale peut à elle seule édicter des prescriptions. Mais celles-ci risquent de ne pas être obéies. Il est plus habile de les faire accepter d'avance par le peuple lui-même sous forme de loi. Par la loi, le peuple s'oblige. L'équilibre est ici conservé entre le point de vue social et le point de vue individualiste et « la paix sociale s'épaissit ».

Quand la législation est devenue abondante, le système juridique global se développe et se complique. « Pourquoi parmi les diverses branches du droit qui se différencient, en est-il une considérée comme constituant le droit commun et pourquoi est-ce le droit civil ? Pourquoi le droit commercial et le droit public lui-même sont-ils caractérisés comme exceptionnels par rapport à ce droit commun ? Il serait impossible de répondre à ces questions si l'on ne partait du postulat de l'équilibre » (177).

(176) Principes de droit public, 1^{re} édition, p. 40.

(177) Principes de droit public, p. 46.

Ainsi qu'on l'a déjà vu (Introduction de ce même chapitre), si les diverses formes de vie privée sont historiquement, ontologiquement et moralement prépondérantes, il n'est pas étonnant que le droit de la vie civile soit le centre d'attraction des autres formes du droit.

CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER

Cette série de raisonnements en chaîne nous a donc conduits à l'idée fondamentale d'Hauriou : le maintien de la paix sociale dans le mouvement.

Le pluralisme des disciplines et des techniques utilisées ont pu faire qualifier Hauriou d'*auteur des ponts interdisciplinaires*. C'était l'aspect technique des développements d'Hauriou. Il ne faut pas le négliger. Mais se contenter d'une vision purement technique de notre auteur, c'eût été le trahir car pour lui la technique, y compris la technique juridique, est au service de la vie. C'était là, on l'a vu, le fondement de ses thèses fonctionnelles.

Le pluralisme de la technique juridique renvoyait donc au pluralisme de la vie sociale et de la vie tout court marqué par l'équilibre. Cet équilibre, qui s'est révélé dans le goût fréquent du Maître de Toulouse pour les thèses médianes, constitue selon lui, et avec raison, le fond même de la vie sociale et de tout système juridique.

Mais cet équilibre lui-même qui semblait la donnée finale renvoie encore — et c'est le dernier chaînon — à la nécessité de la paix sociale, mais d'une paix sociale dans le mouvement. Paix et mouvement pourront cohabiter grâce à un dosage constant des intérêts en cause publics et privés.

Ce dosage et cette tension permanente du public et du privé, avec une prédominance pour le privé, condition inéluctable de la paix dans le mouvement, *constituent les caractéristiques majeures de la pensée administrative (et globale) d'Hauriou*. « Majeures » s'entendant ici par le fait qu'elles permettent de pénétrer le plus intimement dans sa pensée; d'autres caractéristiques existent néanmoins et sont fort importantes; mais à la réflexion, elles renvoient moins à l'homme total et à l'œuvre totale que les caractéristiques ici analysées. On les étudiera dans un chapitre II.

« Si l'association syndicale, instrument de production agricole, est devenue un membre de l'Etat, il n'y a pas de raison pour que l'usine, instrument de production industrielle, ne devienne pas établissement d'Etat et nous disons que c'est grave parce qu'on nous change notre Etat. » (1).

CHAPITRE II

LA CARACTERISTIQUE MINEURE : L'INTUITION

On rappelle qu'il faut s'entendre ici sur la notion de caractéristique mineure : L'intuition n'est pas moins caractéristique d'Hauriou que son système d'interprétation. Mais alors que le système d'interprétation multidisciplinaire renvoyait à l'équilibre et à la paix sociale, notions dernières et clefs de la pensée du savant Doyen, l'intuition est un des instruments de sa pensée, *fondamental sans doute mais non lié ontologiquement à l'essentiel de sa doctrine.*

Ainsi l'intuition constitue-t-elle une caractéristique très importante d'Hauriou ainsi que les développements qui vont suivre vont tenter de le montrer. Elle constituera cependant une caractéristique mineure.

L'intuition est une donnée constante des développements administratifs, constitutionnels et plus généraux encore d'Hauriou. Il est peut-être faux d'affirmer que la pensée de Duguit est une pensée rigide, mais ce qui frappe à la lecture de l'œuvre du Doyen de Bordeaux, c'est son caractère de mécanique bien rôdée, où les différentes pièces viennent s'encaster les unes dans les autres, le tout dans une parfaite clarté.

(1) Note de 1899 sous l'arrêt Canal de Gignac, notes d'arrêt I, p. 413.

Il faut l'avouer : Hauriou n'est pas toujours parfaitement clair, ou si l'on préfère, sa clarté est seconde. « *Clarum per obscurus* » disait déjà Bergson, cet autre grand intuitif qui a si longtemps influencé Hauriou. *Ce n'est jamais qu'à une seconde lecture, lente, minutieuse, méditée, que les analyses du Maître de Toulouse jaillissent avec une clarté brutale et fulgurante.*

Son intuition, Hauriou l'a d'abord révélée dans le choix lui-même des arrêts à commenter. Ainsi qu'on nous l'a dit (2), c'est à la demande de la Maison Sirey qu'Hauriou avait commenté son premier arrêt en 1892 : l'arrêt Cadot. Jusqu'en 1914, il choisira ses arrêts dans le recueil Lebon qui paraissait dans des conditions de fréquence très satisfaisantes (3). Mais en 1914, « la Maison Sirey lui fait alors un service direct des décisions du Conseil d'Etat, à l'intérieur desquelles il fait son choix. Tâche délicate, que complique encore le nombre toujours croissant des décisions rendues » (4). En effet, la guerre de 1914 avait provoqué un retard trop considérable dans la parution du recueil. Mais le résultat en fut une responsabilité plus grande encore du Doyen Hauriou dans le choix des arrêts. *Or, son intuition l'a finalement peu trahi.* Sans doute, bien des fois, a-t-il commenté des arrêts qui, aujourd'hui, nous paraissent dépourvus d'intérêt. Mais il ne faut pas incriminer ici son défaut d'intuition mais bien plutôt son goût de l'actualité (5). En ce qui concerne les grands arrêts fondamentaux, étapes décisives du contentieux administratif, il faut reconnaître qu'il ne s'est pas souvent trompé. Il suffit à cet égard de faire une statistique des arrêts retenus par MM. Long, Weil et Braibant dans « Les grands arrêts de la jurisprudence administrative » : on se rendra compte aisément que sur les 45 grands arrêts qui couvrent la période de 1892 à 1929, année de sa mort, 39 arrêts ont été par lui choisis et commentés (et non 36 arrêts comme l'affirme M. Jacques Fournier dans son article précité) ce qui correspond au coefficient de 10 % d'erreur environ. Ce coefficient est stupéfiant si l'on songe aux difficultés que le commentateur éprouve généralement à déterminer dans le flot des arrêts de la Haute Assemblée la jurisprudence qui constitue l'arête de telle fin ou de tel début d'évolution. Aujourd'hui, face à une quantité de commentaires techniques étroitement limités au sujet, combien trouve-t-on de notes s'inscrivant consciemment dans les vastes ensembles des institutions en devenir ?

Cette aptitude à pressentir le grand arrêt avec 90 % de chances de succès, Hauriou semble-t-il en fut, à son époque, seul capable ! (6).

(2) M. le Professeur André Hauriou.

(3) Au surplus Hauriou laissant souvent s'écouler un an sinon plusieurs années avant de publier ses notes se préoccupe assez peu de la fréquence du débit du recueil Lebon.

(4) Jacques FOURNIER, « Maurice Hauriou arrêliste », E.D.C.E., 1957, p. 158.

(5) Sur ce point voir Introduction.

(6) Même Jèze arrive loin derrière lui puisque selon les chiffres fournis par M. Fournier dans son article précité (p. 157), il n'avait entrevu que 28 arrêts sur 64.

Intuitif, Hauriou ne le fut pas seulement dans le choix des arrêts, *il le fut aussi dans le contenu des commentaires qui, imprégné d'une incontestable vision d'ensemble, renvoie souvent au reste de son œuvre.*

Un des éléments qui frappe le plus à la lecture de l'ensemble de l'œuvre du Doyen de Toulouse réside dans son aisance à s'installer dans des problèmes très différents et à les pénétrer de l'intérieur par un élan de sympathie chaleureuse. Au-delà des caractéristiques majeures et mineures, c'est peut-être là que se situe sa profonde originalité. D'autres bâtissent des systèmes élégants et ingénieux qu'ils plaquent sur le réel et auxquels ils tentent d'en faire épouser les formes. Les résultats ne sont pas négatifs, mais ils se situent nettement dans les sphères explicatives. Maurice Hauriou au contraire « se met à la place de », tente d'embrasser le réel et de l'aimer. Ces analyses se situent plutôt dans « les sphères compréhensives » (7).

Les notes d'arrêts (et l'œuvre d'Hauriou en général) contiennent souvent des visions (section I), des pressentiments (section II), des inductions (section III).

Comment doit-on distinguer ces trois catégories ?

Les visions portent sur un futur qui n'a aucun rapport avec la réalité présente. Quand par exemple Hauriou nous dit à propos d'un litige relatif à une association syndicale de propriétaires « On nous change notre Etat », il s'agit d'une vision. Il n'existe aucun rapport entre cette vision et la réalité de 1899. Les visions formeront l'objet de la section I.

Les pressentiments portent sur un futur qui n'est pas évident aux yeux du commun des mortels mais dont les prémices encore cachées existent déjà dans la réalité présente. C'est tout le mérite d'Hauriou de les découvrir. Quand dix ou quinze ans à l'avance Hauriou souhaite et annonce l'unification du contentieux administratif entre les mains de la juridiction administrative, il ne s'agit pas d'une pure vision sans lien avec la réalité du moment : cette unification dérivait de la logique inévitable de l'arrêt Cadot qui « tuait » la doctrine du ministre-juge et faisait du Conseil d'Etat le juge de droit commun. Il s'agit donc ici d'un pressentiment si, à la suite de certains psychologues, nous appelons pressentiment toute intuition qui n'est pas dépourvue de lien avec la réalité du moment.

On rétorquera peut-être que l'exemple du pressentiment de l'arrêt Cadot n'est pas révélateur puisqu'il ne s'agirait pas ici d'intuition mais de pure déduction logique : De l'arrêt Cadot dépendrait logiquement toute la jurisprudence relative à l'unification du contentieux. En réalité, cette objection est assez superficielle : Elle repose sur une reconstruction *a posteriori*. Il est facile *a posteriori* de dégager les liens existant entre deux événements. Mais au moment où les événements

(7) La distinction des sphères explicatives et des sphères compréhensives est traditionnelle et très chère aux logiciens. Comme toutes les vieilles choses, elle est fortement contestée mais elle résiste... !

se déroulent, rien n'est logique, tout est ouvert, plastique et souvent incohérent en apparence. L'intuition d'Hauriou lui permet de dénouer l'écheveau de l'apparente incohérence et de deviner ce que sera l'avenir : Et il est d'ailleurs le seul à le faire. Nous conserverons donc sa spécificité à la notion de pressentiment et la définition que nous lui avons donnée (section II).

La troisième catégorie est encore voisine mais différente : *L'induction* consiste (pour Hauriou) à partir d'une « tête d'épingle » qui lui donne l'occasion de faire une philosophie générale d'une institution donnée. Par exemple, à partir du fonctionnement d'une Caisse de crédit agricole, Hauriou propose une théorie générale de la Société mutualiste de demain (il avait été influencé par Proudhon). *Ici il ne s'agit pas de vision ou de pressentiment. Le facteur « temps » a disparu.* Hauriou n'annonce plus. Il construit une théorie qui lui paraît valable dans l'immédiat. Son intuition lui permet de dégager une théorie générale à partir d'un fait souvent minuscule. Les inductions formeront l'objet de la section III (8).

SECTION I

LES VISIONS

Nous rangeons délibérément les visions dans la caractéristique mineure, non seulement parce que logiquement les visions peuvent apparaître comme des intuitions exacerbées, mais encore parce que nous voulons continuer à porter atteinte à un mythe : celui d'un Hauriou auteur sans cohérence, génial sans doute dans quelques-unes de ses visions ou intuitions. Or, en dépit des apparences, la donnée première de Maurice Hauriou est la cohérence, la donnée seconde sa caractéristique visionnaire, impressionnante et spectaculaire, il est vrai, mais qui ne doit pas masquer l'essentiel. On pourra facilement le constater en distinguant :

(8) Mais il convient auparavant de prendre une précaution : Certains exemples d'intuition ont pu être écartés des analyses de ce chapitre car ils constituent des sources très nettes d'influences qui doivent être étudiées en troisième partie. On songe par exemple à certaines intuitions sur la notion de cause ou de mesure d'ordre intérieur, sources de thèses bien connues...

De façon plus générale, un problème de répartition se posait entre les matières de ce chapitre et celles de la troisième partie. En effet ces intuitions étaient souvent annonciatrices de faits qui se réalisèrent effectivement. Dans quelle mesure peut-on parler d'influence quand celle-ci n'est pas minutieusement prouvée ? En n'oubliant pas que tout classement comporte nécessairement une part d'arbitraire, nous avons exclu de ce chapitre les seules matières qui nous paraissent constituer des cas incontestables d'influence. Mais un classement ne supprime pas le problème : celui-ci sera largement évoqué dans la troisième partie.

En toute hypothèse, ici encore, nous n'avons pas cherché à être exhaustifs ; l'énumération devient vite fastidieuse. Nous nous sommes contentés de présenter les exemples les plus significatifs.

- Les visions globales (§ 1) ;
- Les visions partielles (§ 2), qui nous permettront d'opposer les visions exactes aux fausses prophéties.

PARAGRAPHE 1

Les visions globales.

Trois prophéties méritent d'être exposées sous cette rubrique :

- La théorie des trois âges (A) ;
- La théorie des principes généraux du droit (B) ;
- La prophétie sur l'Etat nouveau (C).

A. — LA THÉORIE DES TROIS AGES.

Cette théorie des trois âges constitue de toute évidence une théorie constitutionnelle. Elle n'en mérite pas moins d'être analysée ici dans la mesure où Maurice Hauriou utilise constamment le droit constitutionnel dans ses analyses de droit administratif. Sa théorie de la prédominance de l'exécutif est, on l'a vu, à l'origine de multiples analyses de droit administratif (9). Or, cette théorie de la prééminence de l'exécutif était commandée par une vision, au sens plein du terme, plus globale : selon le Doyen Hauriou, *les peuples vont d'un mouvement irrésistible de l'aristocratie à la démocratie et de la démocratie à des empires administratifs.*

Le premier cycle aristocratie, démocratie, empire administratif, commence pour le monde antique environ 1500 ans avant Jésus-Christ. Dans les débuts de la civilisation gréco-romaine, on discerne l'existence d'aristocraties, à l'origine de type féodal, qui se sont probablement constituées dès l'âge patriarcal mais qui se sont perpétuées dans les cités naissantes et qui sont devenues dans le dernier millénaire des aristocraties d'argent. Mais très vite se produit l'ascension de la plèbe à Athènes comme à Rome : A Athènes la constitution de Solon (600 ans avant Jésus-Christ) marque les débuts de la démocratie. De même à Rome, les premières réformes démocratiques remontent à Servius Tullius au IV^e siècle avant Jésus-Christ. Mais les luttes politiques entre Marcus et Scylla, César et Pompée aboutissent au principat d'Auguste, c'est-à-dire à un Empire administratif marqué par la fin de la liberté mais par le maintien de l'égalité.

Le second cycle Aristocratie - Démocratie commence avec la formation des Etats modernes au Moyen Age : La période aristocratique dure jusqu'à la fin du XVIII^e siècle ; la période démocratique s'ouvre avec la révolution américaine et la révolution française et elle se con-

(9) Sur ce point, voir section II du chapitre I de cette même partie.

tinue, mais Hauriou se demande si elle ne prendra pas fin dans un délais plus ou moins long par l'avènement d'empires administratifs.

« Il en est des peuples comme des individus; ils partent avec un certain capital d'énergie qu'ils doivent à leurs mœurs primitives et qu'ils déposent à mesure qu'ils se polissent et se civilisent. Les démocraties sont les filles prodigues de ces mères avares que sont les aristocraties : elles surviennent quand l'énergie est déjà fort atténuée et travaillent à la dissiper encore davantage.

Or ce que l'on gagne en justice égalitaire, on le perd en énergie politique. Après des siècles de démocraties, il n'y a plus place que pour un régime administratif et aucune classe sociale n'a plus assez d'énergie pour reconstituer une aristocratie privilégiée » (10).

Cette prophétie faite au début de ce siècle au moment où les démocraties libérales pouvaient espérer une longue existence à une résonance d'actualité très profonde. Ainsi que l'affirme M. le Professeur André Hauriou, « Est-il interdit de penser que, malgré les extraordinaires conquêtes scientifiques modernes ou peut-être à cause d'elles, nous nous acheminons progressivement à l'ouest comme à l'est vers une sorte d'égalitarisation générale des conditions, garantie par une forte organisation administrative dans laquelle il y a peu de place pour la liberté ? » (11).

Bien plus, l'évolution de la III^e et de la IV^e République vers un renforcement croissant des pouvoirs exécutif et administratif, la naissance de la V^e République elle-même qui au-delà des conditions contingentes de sa naissance correspondait pour une part aux besoins de ce temps, semblent confirmer ce point de vue (12).

Cette vision qui a toutes les apparences de la prophétie est à l'origine directe de l'idée qu'Hauriou se faisait de la prééminence de l'exécutif, elle-même à la source de quelques-unes de ses théories proprement administratives.

B. — LA THÉORIE DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT.

Le Professeur Benoit Jeanneau, dans sa thèse sur « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative », consacre toute une première section d'un chapitre consacré à l'opinion de la doctrine à « L'opinion du précurseur, le Doyen Hauriou » (p. 218).

(10) Précis de droit constitutionnel, 1^{re} édition, p. 480.

(11) Cours de doctorat, Droit constitutionnel étranger, 1960-61, p. 44.

(12) On sait que des intellectuels réunis au sein du Club Jean Moulin défendent aujourd'hui des thèses analogues. Au delà d'un certain nombre de données contingentes trop liées à l'actualité brûlante, ils reconnaissent que la V^e République correspond pour une part aux besoins de ce temps et que sur le plan de la technique administrative les apports de la V^e République sont loin d'être négatifs. Quoi qu'il en soit de ce débat difficile, il faut reconnaître que l'évolution des institutions en France depuis trente-cinq ans correspond grossièrement à la prophétie d'Hauriou sur l'empire administratif marqué par une moindre liberté politique liée au maintien de l'égalité.

Comme tous ceux qui, de près ou de loin, se sont penchés sur l'œuvre du grand Doyen, il constate « qu'on chercherait en vain dans l'œuvre du Doyen Hauriou une étude d'ensemble sur les principes généraux du droit ».

On peut d'autant moins parler d'étude d'ensemble que Maurice Hauriou, comme toujours lorsqu'il se situe sur un terrain inexploré, affirme plus qu'il ne démontre. Ce n'est pas en tout cas dans son Précis de droit administratif que l'on trouvera une référence à ce problème pourtant essentiel pour le droit administratif.

Dans son Précis de droit constitutionnel, il remarque d'abord (13) que le véritable bénéfice du « Common Law » anglo-saxon avait été de fournir aux juges des principes supérieurs lui permettant d'interpréter les lois. « Mais ces principes juridiques supérieurs, nous les possédons aussi et ce sont les mêmes puisque ce sont les principes individualistes tirés des grandes idées civilisatrices qui ont fait la civilisation sédentaire. Pour lui, ces principes fondamentaux de la validité juridique peuvent être d'ordre purement technique; telle serait, par exemple, la *regula juris* d'après laquelle les mêmes formes doivent être employées pour défaire un contrat que pour le faire. Mais les principes essentiels sont les principes de fond : ce sont les grands principes fondamentaux de la civilisation sédentaire et qui ont valeur supra-constitutionnelle.

Le point qui semble le plus intéresser Hauriou semble être les rapports de ces principes et du juge. « Le juge s'est placé au-dessus de la loi et au-dessous des principes, c'est-à-dire que sa jurisprudence ne craint pas de plier la loi aux principes d'ordre et de justice dans la mesure où l'adaptation peut être obtenue par une interprétation raisonnablement constructive » (p. 236, ouvrage précité). Pour lui, mettre les principes aux-dessus du juge n'est pas révolutionnaire dans la mesure où le juge est dominé par le droit : Or le droit, ce sont les principes plus que la loi écrite (14).

Sur la nature de ces principes, le Doyen Hauriou ne s'explique pas de façon très précise. On sait qu'il se fonde sur l'inconstitutionnalité de l'article 65 de la loi de 1905 tel qu'on l'appliquerait à la grève des agents publics, mais cette théorie est muette sur la nature des principes généraux.

Il semble cependant qu'on puisse tirer quelques conclusions : Il paraît bien que pour lui les principes généraux ne se confondent ni avec la loi écrite ni avec la jurisprudence.

Le droit écrit ne lui semble pas source des principes généraux puisqu'il oppose l'esprit à la lettre. « Cela fait passer l'esprit avant la lettre, résultat contre lequel on ne saurait protester ».

(13) P. 263, 2^e édition, 1929.

(14) Sur ce point, le Professeur Jeanneau objecte que les principes généraux tout en n'étant pas fruits de l'arbitraire du juge sont en même temps façonnés par lui. Sur cette opinion, thèse précitée, p. 221.

De même, le juge n'est pas pour lui-même source des principes puisqu'il proclame, on l'a vu, son infériorité vis-à-vis d'eux. D'où vient alors leur valeur ?

En dernière analyse, leur antériorité proviendrait de leur valeur sociale et humaine. « Cela oriente le juge vers des principes déterminés qui ont fait leur preuve parce qu'ils ont fait la civilisation... Ces principes constituent une sorte de légitimité constitutionnelle qui prend place au-dessus même de la constitution écrite ». *On retombe toujours sur le même type d'interprétation : En dernier ressort, c'est l'analyse de la réalité politique, sociale et constitutionnelle qui éclaire l'analyse proprement juridique.*

Il est en tout cas très remarquable qu'à l'époque où il écrivait, le juge administratif ne recourait directement à des principes non écrits qu'à titre tout à fait exceptionnel. Peut-être de nombreuses solutions pouvaient-elles s'expliquer par l'existence de cette théorie, mais elle était fort diffuse et personne, ni dans les Facultés de droit, ni au Conseil d'Etat n'avait entrevu cette explication qui devait naître seulement trente ans plus tard. Comme le note le Professeur Jeanneau, ce n'est, en effet, que le 26 octobre 1945 que le Conseil d'Etat invoquait dans les motifs d'une série de décisions rendues en assemblée plénière « les principes généraux du droit applicables même en l'absence de texte ».

Hauriou le phare, Hauriou le visionnaire... Ces développements méritaient aussi bien d'être insérés dans le chapitre relatif aux visions que dans celui relatif à l'utilisation de certaines disciplines notamment constitutionnelles (15). On sait, par ailleurs, que Maurice Hauriou a sans cesse exhorté le Conseil d'Etat à prendre conscience de sa mission et à développer sa jurisprudence prétorienne (16). Or quel meilleur moyen de développer la liberté du juge que de le laisser créer lui-même (ou dégager de la réalité mais il entre toujours une part de création dans cette construction) un corps de principes généraux dont Maurice Hauriou énonce l'existence. Ainsi que l'écrit M. Jeanneau (17) : « Aurait-il eu l'intuition de l'avenir lorsqu'il écrivait en 1929 dans son Précis de droit constitutionnel « la vérité est que le rôle du juge a été abaissé chez nous durant un siècle après la Révolution pendant que s'installait le régime administratif mais que maintenant ce régime ayant enfanté lui-même un nouveau juge, le règne du juge peut se rétablir ».

Or on rappellera l'extraordinaire croissance de la pratique contentieuse des principes généraux du droit daté de 1945 (18). Hauriou avait ici trente ans d'avance sur son temps puisque dès sa note sur l'arrêt Winkell (19), il défendait la théorie de la croissance des pou-

(15) Si on lit, par exemple, l'ouvrage de JÈZE (« Les principes généraux du droit administratif », 3^e édition, p. 363 et suiv., 1925), on constate que Jèze considère comme peu sérieuse et sans avenir la théorie des principes généraux du droit.

(16) Notes sous les arrêts Winkell et Tichit, précités.

(17) Thèse précitée, p. 225.

(18) Sur ce point voir pp. 1 et suiv. de la thèse précitée de M. JEANNEAU.

(19) Confirmé par ses notes sous Tichit et Heyriès.

voirs du juge qui devrait avoir à connaître d'un corps de principes dont la légitimité serait, selon lui, supra-constitutionnelle.

C. — LA PROPHÉTIE SUR L'ÉTAT NOUVEAU.

La note, bien connue sous l'arrêt Association syndicale du Canal de Gignac (20), contient la vision d'un Etat nouveau.

Depuis longtemps déjà la question de savoir si les associations syndicales autorisées sont ou ne sont pas des établissements publics se posait avec acuité. Mais selon Hauriou, si la question était intéressante, ce n'était pas tant du point de vue administratif proprement dit qu'au point de vue politique et social « qu'une association de propriétaires constituée pour la construction et l'exploitation d'un canal de dessèchement ou d'irrigation, sous le patronyme de l'administration, soit classée dans la catégorie des établissements publics et des établissements d'utilité publique; cela n'a que de médiocres conséquences au point de vue du droit administratif » (note précitée). En revanche, ce qui paraît grave au Doyen de Toulouse, c'est d'incorporer à l'administration de l'Etat des entreprises qui ne sont pas d'intérêt public mais seulement d'intérêt collectif parce que la confusion du collectif et du public constitue le fond de la doctrine collectiviste de telle sorte qu'on peut dire des associations syndicales transformées en établissements publics qu'elles sont la première institution collectiviste ».

En effet, selon Hauriou, l'Etat n'est pas une association pour travailler ensemble à la production des richesses, il est seulement pour les hommes une certaine manière d'être ensemble, *fait politique*. Or les travaux d'association syndicale ne lui paraissent pas présenter ce caractère. « *Ils sont pour la plus-value... ils sont purement économiques...* ». L'auteur s'étonne à juste titre que tant de publicistes et d'économistes aient signalé avec tant d'émotion les ingérences économiques de l'Etat et qu'aucun n'ait poussé un cri d'alarme au sujet des associations syndicales qui sont « la vraie, la pure institution collectiviste; celle où il s'agit de faire créer par l'Etat de la richesse pour les administrés ».

Sans doute l'association syndicale est-elle un organisme obscur et ambigu mais « c'est par les institutions ambiguës que se produisent les grandes transformations sociales ». L'association syndicale hésitait entre le caractère administratif et le caractère corporatif. Hauriou regrette qu'elle ait été précipitée du côté administratif. « Si l'association syndicale, instrument de production agricole, est devenue un membre de l'Etat, un établissement d'Etat, il n'y a pas de raison pour que l'usine, instrument de production industrielle ne devienne pas établissement d'Etat et nous disons que c'est grave, parce qu'on nous change notre Etat » (note précitée).

(20) T.C., 9 décembre 1899, S. 1900.III, p. 49, notes d'arrêts I, p. 413.

Cette prophétie la plus connue de toutes est une des plus caractéristiques dans la mesure où elle annonce à partir d'un problème, il faut l'avouer, peu considérable, une évolution globale des sociétés occidentales et en particulier de la France près de cinquante ans à l'avance (21). Hauriou n'avait certainement pas pressenti la forme même des techniques de la nationalisation et de l'administration d'intérêt public le plus souvent gouvernées par un système de subventions, mais au moins l'essentiel de l'idée était-il déjà contenu. On sent d'ailleurs très nettement que, comme tout conservateur intelligent, Hauriou tout en ayant deviné l'avenir, le regrette : Il considère en effet « cet engin » comme un instrument d'inégalité. « Il nous donne en petit la mesure de ce que serait en grand l'organisation collectiviste, un moyen rapide de recréer des inégalités sociales ».

Ce point de vue, dans sa perspective personnelle, est très logique, dans la mesure où pour lui le régime d'Etat est fondé sur l'égalité dans la chose publique et ne se maintient que parce qu'on a veillé à ce que les intérêts privés et notamment économiques, qui sont foncièrement inégalitaires, ne soient pas mélangés avec la chose publique. « Mais si maintenant on vient amalgamer les intérêts économiques et la chose publique, c'en est fini de l'égalité ». C'est donc chez lui cette vieille notion jacobine qui doit prévaloir.

Quoi qu'il en soit de ces regrets, ils n'enlèvent rien à la découverte et ils sont au contraire d'autant plus profonds que l'auteur est sûr de sa prophétie.

Cette annonce constitue en effet une des caractéristiques de ces visions : d'autres à sa place auraient été plus hésitants; lui-même, dans sa probité intellectuelle bien connue, aurait pu révéler ses incertitudes. Rien de cela n'apparaît, sa certitude est sereine. On retrouve cette sérénité dans les visions partielles.

PARAGRAPHE 2

Les visions partielles.

On a pu en dénombrer quatre qui se sont avérées exactes (A) :

- l'avenir des fonctions publiques et privées (1) ;
- la délégation de matières (2) ;
- l'avenir d'une loi relative à la responsabilité de dommages causés par tout véhicule quelconque (3) ;
- le référé (4).

(21) On oublie cependant trop souvent de remarquer que cette prophétie est mâtinée d'amertume. Hauriou prophétise l'évolution mais, en même temps, il la regrette.

Mais les visions partielles sont quelquefois erronées. On vérifiera cette assertion dans un B. On distinguera alors :

- la fin du contentieux de l'annulation (1) ;
- l'avortement de la notion de service public industriel et commercial (2) ;
- un curieux critère de répartition des compétences (3).

A. — EXEMPLES DE VISIONS EXACTES.

1) *Le rapprochement des fonctions publiques et privées.*

« Beaucoup d'auteurs dans les comparaisons qu'ils font entre la situation des fonctionnaires et celle des ouvriers et employés de l'industrie semblent ne pas se douter de la direction dans laquelle l'évolution historique nous emporte » (note sous l'arrêt Winkell, précitée).

Ces auteurs voulaient ramener la situation du fonctionnaire à celle de l'employé de la vie privée, *alors qu'au contraire, selon Hauriou, c'est la situation de l'employé de la vie privée qui évolue vers celle du fonctionnaire.* Le besoin croissant de stabilité et le syndicalisme devaient permettre selon lui de développer la législation industrielle et donc, tout en augmentant la part de l'institution, de diminuer la part du contrat. *Ainsi à long terme, la nature des liens qui unit le salarié privé à l'employeur serait aussi peu contractuelle que celle du fonctionnaire.*

La note sous l'arrêt Winkell, date de 1909. C'est donc au tout début du siècle que Maurice Hauriou avait déjà deviné toute l'évolution ultérieure. Ainsi non seulement il avait entrevu que la thèse du contrat de fonction publique était appelée à disparaître et à être remplacée par la notion de situation légale et réglementaire, mais encore il avait, par une sorte de divination, aperçu que les avantages statutaires des fonctionnaires seraient progressivement étendus aux salariés non fonctionnaires. Aujourd'hui, la stabilité certaine de la situation des salariés non fonctionnaires, consacrée dans les conventions collectives, se vérifie dans la législation sur les licenciements abusifs, sur les congés, sur le traitement, sur la réglementation de plus en plus étroite des salaires par l'Etat, sur les droits à pension et à la retraite, etc.

La prophétie, ici encore, est incontestable.

2) *Les délégations de matières.*

Déjà dans une note sous l'arrêt Gaillard (22), Hauriou avait songé au problème de la délégation de matières en analysant la loi du 6 mai 1916 comme n'ayant pas délégué au gouvernement de pouvoir législatif, parce que le pouvoir législatif ne se délègue pas et parce que d'ailleurs positivement elle avait simplement autorisé le gouvernement

(22) C.E., 26 avril 1918, S. 1920.III, p. 59 ; notes d'arrêts I, p. 546.

à régler par décret des matières législatives, c'est-à-dire des matières qui, d'ordinaire, sont du domaine réservé à la loi. « Il y a dans ces hypothèses de décrets provisoires rendus en des matières législatives deux circonstances qui ne cadrent pas du tout avec l'idée de délégation du pouvoir législatif; d'une part, ils sont provisoires; d'autre part, ils sont soumis à la ratification ou à la sanction du Parlement dans un délai très bref. Il n'est pas de la nature d'une délégation d'être provisoire et il n'est pas non plus de sa nature d'être suivie de ratification ou de sanction » (note précitée). En effet, une autorité à qui un pouvoir est délégué statue en principe avec les mêmes pouvoirs que le délégant d'une façon définitive et sans ratification ultérieure. Hauriou ne faisait sur ce point qu'appliquer les principes généraux dégagés par la doctrine. Mais il faut avouer que dans cette note la pensée manquait singulièrement de force et d'originalité.

C'est en fait dans sa note sous l'arrêt de Sigalas dix ans après (23) que Maurice Hauriou prophétise vraiment l'avènement de la délégation de matières dans tout notre droit public. Le principe de cette théorie consistait à substituer l'idée d'une délégation de matières à celle d'une délégation de pouvoir. Par exemple dans l'espèce en question, quand l'article 28, alinéa 1^{er} de la loi du 16 octobre 1919 décide qu'un règlement d'administration publique déterminera « les conditions dans lesquelles les propriétaires seront tenus de laisser faire sur leurs propriétés tous travaux de mensuration et de nivellement » Hauriou estime que cette matière d'occupation temporaire est déléguée par le législateur au pouvoir exécutif. « Elle est détachée du domaine de la loi pour passer dans le domaine du décret » (note précitée). Dans le cas de règlement d'administration publique, il n'est pas question de ratification par le Parlement mais « *cela signifie que la matière est détachée du domaine législatif à perpétuité* ».

Hauriou s'aperçoit d'ailleurs, une fois entré dans la voie des délégations de matières, qu'elles sont légion. Il en donne l'exemple, choisi dans l'organisation constitutionnelle et administrative, du ministre dont le pouvoir s'exerce de façon indivise au Conseil des ministres, mais la délégation de chaque ministre, dans son Département ministériel (faite par la loi ordinaire sur les ministères et le décret de nomination), n'est plus qu'une délégation de matières et non une délégation de pouvoir. La preuve en serait qu'un ministre sans portefeuille participe au pouvoir exécutif au point de vue gouvernemental aussi bien que les ministres à portefeuille, sauf qu'il n'a point de délégation permanente d'affaires. Hauriou donne d'ailleurs d'autres exemples relatifs aux délégations faites par le maire et le conseil général qu'il serait fastidieux d'exposer ici. Il en arrive à conclure finalement en distinguant organes fondés et organes fondateurs que « Tout organe fondateur, qu'il soit constituant ou simplement législatif, peut être considéré comme faisant des délégations de pouvoir ou de compétence aux organes qu'il crée; un organe fondé ne peut faire à un autre

(23) C.E., 22 juin 1928, S. 1928.III, p. 113 ; notes d'arrêts III, p. 790.

organe fondé que des délégations de matières que l'organe favorisé de la délégation règlera avec son pouvoir propre » (note précitée).

Il est bien certain que cette distinction de l'organe fondé et de l'organe fondateur n'est pas, aujourd'hui, très évocatrice et ne semble pas promise à un grand succès même dans l'avenir. En revanche, il faut considérer ici l'essentiel de son intuition : l'idée que par *nature* certaines matières devraient en permanence être déléguées à certains organes.

Pour Hauriou, l'explication fondamentale de l'absence de ratification ultérieure du règlement d'administration publique est que la délégation des matières s'est faite à perpétuité. Or le règlement d'administration publique lui paraît être le prototype même de la délégation de matières. *Il en conclut que celle-ci est faite à titre permanent de façon très générale.*

Sans doute, peut-on faire remarquer qu'à long terme l'assimilation du règlement d'administration publique à la délégation de matières est fautive puisque, de nos jours, les délégations de matières et la répartition constitutionnelle de matières ont détrôné le règlement d'administration publique (24). Sans doute aussi la distinction de la délégation de pouvoir et de la délégation de matières apparaît-elle vaine et incertaine, mais l'essentiel de l'intuition se maintient : à savoir l'extraordinaire développement de la délégation de matières qu'il considère comme l'avenir du droit public et dont le fondement se trouve dans *l'idée d'une répartition permanente par nature*. Implicitement et indirectement, on peut dire que Maurice Hauriou avait senti venir la révolution juridique de 1958 fondée sur la répartition matérielle des deux domaines de la loi et du règlement. On ne peut pas dire qu'il l'avait prévue; on peut seulement affirmer qu'il l'avait sentie ou tout au moins qu'il n'en aurait nullement été étonné. Il est vrai que les critères organiques et formels n'ont jamais eu pour lui un intérêt considérable. Aussi bien était-il aux antipodes de la doctrine de Carré de Malberg.

Cette vision partielle, incontestablement lumineuse mais mélangée à quelques hypothèses fausses, ne présentait pas la même pureté que celle qui va suivre (25).

3) *La loi sur la responsabilité de dommages causés par tout véhicule quelconque.*

C'est sa note sous l'arrêt Société d'assurance mutuelle des travailleurs français (26) qui contient cette remarquable prophétie.

(24) Voir sur ce point Lucien SFEZ, « Une survivance : Le règlement d'administration publique ? », article in *Etudes de Droit public*, p. 449.

(25) On ne peut manquer d'être frappé par la comparaison de cette vision avec la sécheresse des développements de Jèze à la même époque. Sur ce point, in *Principes généraux*, 1925, p. 28.

(26) S. 1926.III, p. 1 ; notes d'arrêts, p. 673.

Dans la jurisprudence judiciaire, la multiplicité des accidents d'automobile et les difficultés de la preuve de la faute du conducteur, mise à la charge de la victime, avaient depuis longtemps fait souhaiter que cette matière fût soustraite au droit commun de l'article 1382 du Code civil pour être soumise à des règles plus favorables aux victimes. Sans doute n'était-on pas allé jusqu'à la théorie du risque de l'entreprise qui a l'inconvénient de ne pas même réserver les cas d'intervention d'une cause étrangère, mais on s'est arrêté à la théorie de la présomption de faute avec renversement de la charge de la preuve qui avait le mérite de rester dans la théorie de la faute et de réserver l'exception de cause étrangère (27).

Mais le Doyen Hauriou frappé par la constatation que les automobiles militaires causaient également de nombreux accidents (au moins aussi nombreux que les véhicules civils) approuve chaleureusement le Conseil d'Etat qui avait pu se rendre compte de l'injustice qu'il y avait à mettre la preuve à la charge des victimes ou des parents de celles-ci, ce qui était le cas le plus fréquent et qui avait appliqué dans cet arrêt, lui aussi, la théorie de la présomption de faute à la charge de l'auteur de l'accident.

Mais Hauriou ne se contente pas d'approuver chaleureusement; il voit (vision au sens propre du terme) dans le mouvement de rapprochement vers la jurisprudence civile qu'a marqué le Conseil d'Etat « une invite discrète à l'intervention du législateur. La matière des accidents d'automobiles lui paraît peut-être mûre pour la compétence judiciaire et sans compromettre en rien ses propres directives, il a fait un geste pour le signaler » (note précitée).

Remarquable prescience que celle qui lui fait dégager de cette jurisprudence l'assurance de la nécessité de l'intervention législative qui devait se produire effectivement le 31 décembre 1957. Désormais et de façon législative, tout litige occasionné par un accident causé par un véhicule quelconque devrait relever de la compétence judiciaire. *Maurice Hauriou, seul de son temps, l'avait déjà entrevu plus de trente ans auparavant.*

4) La référé.

« Je suis un partisan déterminé de notre droit administratif français. J'en aime les théories ingénieuses... Mais aucune admiration ne doit être aveugle, ce droit n'est pas parfait, il présente des défauts indéniables... Du côté des garanties de la liberté individuelle et de la propriété, un progrès pourrait être réalisé par l'institution d'une sorte de référé » (28).

Hauriou constate que dans la vie administrative les questions urgentes et provisoires se présentent souvent. Or il n'existe pas de juge auquel les administrés puissent s'adresser pour les faire tran-

(27) Sur tous ces points, voir Thèse Marcel SFEZ sur « La responsabilité du fait des choses dans la jurisprudence administrative », Paris, 1956, multigraphiée.

(28) Introduction au Précis de droit administratif, 4^e édition, 1903.

cher. L'administration les tranche elle-même en exécutant ses décisions par mesure de police ou en apportant spontanément un sursis à leur exécution. *Cette solution n'est pas satisfaisante; il ne suffit pas qu'il y ait un juge définitif, il en faut un aussi pour le provisoire* (p. XX). Il était clair, dès l'époque d'Hauriou, que ce juge des référés ne pouvait être président du tribunal civil. Il était déjà acquis, par exemple, que l'autorité judiciaire n'était gardienne de la propriété privée qu'en ce qui concernait la dépossession définitive, à l'exclusion de la dépossession provisoire. Mais si l'on ne pouvait modifier la législation dans le sens de la compétence de l'autorité judiciaire, il restait encore la ressource de la jurisprudence administrative. « Pourquoi le vice-président du Conseil d'Etat, le président de la section du contentieux ou le vice-président du tribunal des conflits ne seraient-ils pas dotés d'une compétence pour les référés » (p. XX). Hauriou n'espère donc rien de la jurisprudence (bien que le référé existât déjà en matière de travaux publics) et attend tout d'une intervention législative. Hauriou développait cette idée en 1903 déjà et les ouvrages de ses contemporains sont muets sur ce point.

Quarante ans plus tard, un début de modification législative était inscrit dans l'article 34 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 sur le Conseil d'Etat qui permet au président de la section du contentieux (une des personnalités même visée par le Doyen Hauriou) dans les cas d'urgence et sur requête « d'ordonner toute mesure utile à la solution du litige ». Ainsi a-t-on fait, par exemple, procéder à un constat d'expert (29). Mais la doctrine admettait à juste titre qu'il ne s'agissait pas là encore d'un vrai référé (30). Il n'en restait pas moins que la question était « dans l'air » puisqu'un courant d'opinion très net s'était manifesté en faveur du référé (31).

Ce n'est qu'en 1955, soit plus de cinquante ans plus tard, que la loi du 28 novembre a créé un véritable référé administratif en permettant au président du tribunal administratif « d'ordonner toutes mesures utiles sans faire préjudice au principal et sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative ». Sans doute ce référé est-il limité puisqu'il ne peut porter sur des matières intéressant l'ordre public et ne permet au juge ni de suspendre l'exécution des décisions administratives ni d'adresser à l'administration des injonctions, mais il a le mérite d'exister. Il a fallu cinquante ans pour réaliser cette prophétie d'Hauriou.

(29) C.E., 25 juin 1952, Fousse, S. 1952.3.104.

(30) Sur ce point, voir de LAUBADÈRE, « Traité de droit administratif », 1963, n° 818 et DRAGO, « La procédure de référé devant le Conseil d'Etat », R.D.P., 1953, p. 247.

(31) GAZIER, E.D.C.E., 1948, p. 72 ; WALINE, R.D.P., 1948.88 ; LAVAU, « Du caractère non suspensif du recours devant les tribunaux administratifs », R.D.P., 1950.717 ; GABOLDE, « Pour un véritable référé administratif », D. 1949, Chron. p. 72, « A quoi correspond le nouveau référé administratif ? », D. 1955, Chron. p. 163.

Toutes les visions d'Hauriou n'ont cependant pas toujours connu le succès. Le paragraphe suivant sera consacré à Hauriou, faux prophète.

B. — LES FAUSSES PROPHÉTIES.

Il est logique que les grands maîtres ne puissent commettre que de grandes erreurs. Hauriou s'est rarement trompé dans ses analyses et dans ses prophéties, mais lorsqu'il s'est trompé, il s'est trompé lourdement. On en avait vu des exemples dans certaines analyses (son interprétation de l'arrêt Lemonnier est un modèle du genre). Le même phénomène se révèle dans les visions. On peut dégager trois grandes erreurs de visions :

- la fin du contentieux de l'annulation (1) ;
- l'avortement de la notion de service public industriel et commercial (2) ;
- un curieux critère de répartition des compétences (3).

1) *La fin du contentieux de l'annulation.*

C'est dans sa note sous les arrêts Blanc, Argoing et Bézie (32), que Maurice Hauriou a fortement annoncé la fin du contentieux de l'annulation.

Déjà en 1899, dans son ouvrage sur « La gestion administrative », Hauriou avait signalé l'importance des premières conséquences de l'arrêt Cadot : Il avait montré que le contentieux administratif de la pleine juridiction allait s'organiser fortement sur la base de la doctrine du « Conseil d'Etat juge de droit commun » et que dès lors le contentieux de l'excès de pouvoir qui, à cette époque, accaparait toute l'attention allait avoir un concurrent redoutable dans le contentieux de la pleine juridiction.

En 1903, dans un article à « L'année administrative » intitulé « De la conversion de l'instance en excès de pouvoir en instance au contentieux ordinaire », il avait déduit de la loi du 17 juillet 1900 sur le silence de l'administration — qui venait donner une impulsion au contentieux de la pleine juridiction en assurant la liaison de l'instance par la procédure de la décision préalable malgré la volonté de l'administration — que le contentieux de l'annulation devait finalement être annexé par le contentieux de pleine juridiction. D'ailleurs, au surplus, la séparation rigide des deux contentieux semblait « correspondre à un état primitif du droit administratif » que Maurice Hauriou comparait à certaines actions du droit romain primitif. Mais l'enseignement de l'histoire — dont on a vu l'importance que l'auteur lui attribuait — lui semblait révéler que les contentieux vont toujours s'assouplissant et que la distinction des contentieux qui a correspondu à une certaine logique devient gênante et la simplification s'impose (Eléments du contentieux, 1905, précité).

(32) C.E., 31 mars 1911, S. 1912.III, p. 129 ; notes d'arrêts II, p. 485.

C'est ainsi qu'en 1912, dans sa note sous les arrêts Blanc, Argoing et Bézie, le Doyen Hauriou écrit ces lignes définitives et péremptoires : « Dans cinquante ans, on aura peine à croire que les justiciables du début du xx^e siècle s'astreignaient encore à faire deux procès successifs devant le Conseil d'Etat, à propos de la même affaire, d'abord un procès en annulation de l'acte, ensuite un procès en indemnité, alors qu'il aurait été si simple de joindre les deux conclusions dans la même instance... ». Cette fermeté de ton prêche, aujourd'hui, à sourire mais il est vrai que ces trois arrêts qui se sont avérés arrêts d'espèce avaient admis à l'occasion d'un recours contentieux ordinaire les conclusions en annulation de décisions administratives. L'instance ouverte était de pleine juridiction et c'est en elle que la jonction des conclusions s'était produite. Hauriou en conclut que désormais toutes les fois que l'exécution d'une décision administrative sera susceptible d'entraîner un contentieux de la pleine juridiction soit au point de vue de l'indemnité des préjudices causés, soit au point de vue de toutes autres réparations de droit, l'intéressé au lieu d'intenter le recours pour excès de pouvoir contre la décision initiale pourra dans le contentieux ordinaire introduire des conclusions relatives à l'annulation de la décision initiale.

Ainsi « le recours pour excès de pouvoir, après avoir été très important et très sensationnel, perdra graduellement de son intérêt justement parce qu'il aura accompli son office et accompli sa tâche. C'est la loi universelle d'évolution des institutions. Après la période d'ascension, le déclin » (note précitée).

De même, dans sa note sous l'arrêt Boussuge (33), Hauriou affirme « que le recours pour excès de pouvoir pâlit et s'efface de plus en plus derrière le contentieux ordinaire ». Sans doute pense-t-il que le recours continuera d'être employé, mais ses règles se rapprocheront de celles du contentieux ordinaire. Ainsi se réalisera une unité du contentieux. L'erreur est manifeste dans cette prophétie; il y a en effet peu de chances que cette unité se produise à court terme (34). *Mais il ne faut pas caricaturer la pensée d'Hauriou et lui faire dire ce qu'il n'a pas dit comme bon nombre de commentateurs ont tendance à le faire* : Hauriou, jusque dans sa 11^e édition du Précis de droit administratif (p. 378 et suiv.), a pensé qu'il continuerait d'exister une zone résiduelle et autonome du recours pour excès de pouvoir et ceci pour deux raisons :

— *D'abord*, dans l'administration, les décisions exécutoires sont prises publiquement et l'on intercale généralement un délai avant leur mise à exécution. Pendant ce délai, il se peut que le contentieux de la pleine juridiction ne puisse pas naître s'il n'y a pas encore d'exé-

(33) C.E., 29 novembre 1912, S. 1914.III, p. 33 ; notes d'arrêts II, p. 413.

(34) Hauriou souhaite même la fin du contentieux de l'interprétation et de l'application de légalité qu'il juge encombrants et inutiles. Voir note sous Septfonds, T.C., 16 juin 1923 ; notes d'arrêts I, p. 50.

cution d'opération à quoi il puisse être rattaché. Seul le contentieux de l'annulation sera possible.

— *Ensuite*, une raison de pratique contentieuse. Hauriou pense qu'il se peut que la faiblesse probable de l'indemnité ne vaille pas les frais d'un procès au contentieux ordinaire. Puisque le recours pour excès de pouvoir est dispensé du ministère d'avocat et de plusieurs autres frais, il pourra, dans certains cas, être beaucoup plus avantageux.

On voit donc que Maurice Hauriou avait une position beaucoup plus nuancée que celle que lui prête M. Jacques Fournier par exemple qui, dans son article précité dans « Etudes et documents du Conseil d'Etat », se contente de citer un extrait de la note sous Blanc, Argoing et Bézie et en concluant à la grossièreté de l'erreur du Doyen Hauriou (35). Cependant, s'il ne faut pas l'exagérer, il ne faut pas non plus la minimiser : Il est clair qu'aujourd'hui le contentieux de pleine juridiction n'a pas absorbé le contentieux de l'annulation et que cette démarche n'est pas prête de se faire.

Une erreur de taille semble avoir également été commise dans sa note sous les arrêts Delpin et Triller. Mais le problème est plus délicat.

2) *L'avortement de la notion de service public industriel et commercial.*

Sa note sous les arrêts Delpin et Triller (36) a déjà été commentée dans le chapitre I^{er} de cette partie.

Il n'est pourtant pas inutile de rappeler ici cette manifeste erreur de vision.

« L'alarme a été chaude, on a pu croire d'abord que services industriels, méthodes industrielles de gestion, cela entraînerait nécessairement l'application du droit commun et de la juridiction de droit commun. Il n'en sera rien parce que les services industrialisés et les méthodes industrielles de gestion seront détaillés en de minutieux règlements d'administration publique et que les principes tutélaires du contentieux administratif réservent à la juridiction administrative l'application de ces règlements organiques. D'ailleurs, il est bien entendu que l'industrialisation ne sera jamais qu'une légère couche de badigeon passée sur des services qui restent foncièrement administratifs. L'opinion se serait émue de voir une pareille extension de l'intervention étatique dans les matières économiques. On la tranquillise en habillant l'Etat en industriel, mais derrière le paravent de la réglementation, l'Etat reprend son véritable costume; ce n'est pas nous qui nous en plairons ».

Ce n'est pas tant l'analyse juridique qui est ici contestable que la vision : Maurice Hauriou a cru profondément que les services publics

(35) Sur la méthode contestable suivie par cet article, voir troisième partie, chapitre II.

(36) C.E., 5 novembre 1926 et 7 janvier 1927, S. 1927.III, p. 9 ; notes d'arrêts I, p. 201.

industriels étaient une catégorie très mineure, destinée à se résorber. Cette erreur de vision commise en 1927 vient exactement balancer cette autre vision de 1899 contenue dans la note sous l'arrêt Canal de Gignac. « Et je dis que c'est grave parce qu'on nous change notre Etat ». Par là à cinquante ans de distance, Hauriou avait semblé pressentir l'évolution. *Comment expliquer cette contradiction ?*

Il semble qu'on puisse avancer que Maurice Hauriou en 1927 ne s'était pas ravisé. Mais son goût pour les prises de positions fonctionnelles peut expliquer l'évolution : En 1899, il lance un avertissement solennel à l'Etat et lui demande au fond de ne plus commettre d'erreurs. L'avertissement constituait pour lui une saine admonestation à l'Etat libéral. Mais trente ans se sont écoulés, l'Etat n'est pas encore devenu franchement interventionniste; on sent cependant une sourde et inexorable évolution que l'intuitif qu'il était n'a pas pu ne pas pressentir. Dès lors, il ne reste plus qu'une tactique : freiner au maximum l'évolution en se gardant de donner une portée considérable à certaines étapes caractéristiques. Et Hauriou semble jouer un jeu : celui d'affecter de croire que rien n'est définitif et que finalement « derrière le paravent de la réglementation » l'Etat reprendra toujours « son véritable costume ». Cette tactique correspondrait ainsi au sentiment profond que prédire les catastrophes, c'est permettre leur réalisation, les accélérer de façon irrémédiable. Or, la pire des catastrophes, pour le Doyen Hauriou, c'est la fin de l'Etat libéral, gardien de l'ordre social individualiste et du mouvement vers le progrès au moyen d'une lente évolution provoquée par le déplacement d'équilibres successifs (37).

Mais l'interprétation de cette contradiction à laquelle nous croyons est purement personnelle. *Comme toute explication, elle trahit peut-être la réalité vécue.* Dans cette perspective, Hauriou n'a peut-être pas eu conscience de cette tactique et a-t-il seulement tenté de s'abuser sur l'avenir, un avenir qu'il pressentait bien en même temps peu conforme à ses thèses. Cette note sous les arrêts Delpin et Triller pourrait alors se situer dans ces zones incertaines de la mauvaise conscience au sens que Jean-Paul Sartre et Wladimir Yunquelevitch ont pu donner à ce terme : mi-conscient, mi-inconscient.

Notre interprétation nous semble donc grossièrement exacte mais une seule personne pourrait nous renseigner de façon décisive : le Doyen Hauriou.

Il n'en reste pas moins que le Doyen de Toulouse a formellement écrit « L'alarme a été chaude ... » et qu'un juriste ne saurait pénétrer trop dans les analyses d'intentions sous peine de voir se dissoudre

(37) Sur ces points, voir section III du chapitre I de cette partie. Dans le sens de cette interprétation, il faut souligner que quelques mois plus tard, Hauriou écrit dans la lettre précitée à Jacques Chevalier (lettre n° 29 du 13 mai 1928, voir p. 28 de cet ouvrage) que « nous évoluons vers un régime administratif socialisant ». Seule notre interprétation « tactique » permet d'expliquer que quelques mois plus tôt, il ait pu écrire les lignes étranges de sa note sous les arrêts Delpin et Triller.

toutes les catégories : cela suffit pour que, au moins d'un point de vue externe, nous rangions cette vision dans les fausses prophéties.

3) *Un curieux critère de répartition des compétences.*

En 1893, dans une note sous un arrêt Medioni et Serres (38), Maurice Hauriou nous propose un curieux critère de répartition des compétences : Il s'agissait de l'article 136 § 2 du décret de 1809 qui établissait le caractère administratif des baux de droit de place. Comme à son habitude, Maurice Hauriou déborde largement le problème précis qui était posé et aidé par la malencontreuse distinction des actes d'autorité et des actes de gestion, il construit une théorie curieuse.

Selon lui, si les contrats dits administratifs sont assurément des actes où apparaît la puissance publique, il convient de reconnaître qu'elle n'y apparaît pas avec la même force que dans les actes d'autorité. Or, quel est le fondement de la compétence des tribunaux administratifs ? C'est l'indépendance nécessaire de l'administration vis-à-vis de l'autorité judiciaire. Mais pour que cette indépendance puisse être protégée, encore faut-il qu'elle subsiste ; il ne faut pas que l'administration l'ait elle-même aliénée dans un contrat. Par conséquent, si Hauriou comprend très bien la compétence administrative pour les actes d'autorité où la volonté administrative a gardé toute son indépendance « devant les contrats on devient hésitant » (note précitée) « si les clauses du contrat sont claires, pas de difficultés, il n'y a point d'inconvénient à laisser régler par les tribunaux ordinaires les conséquences de l'opération. Mais si les clauses sont obscures, cela redevient une question d'indépendance pour l'administration que de savoir jusqu'à quel point elle est engagée et par conséquent l'interprétation du contrat doit appartenir à l'autorité administrative... » (note précitée).

Ainsi cette distinction lui semble-t-elle permettre de résoudre le problème de façon très logique, puisque les contrats administratifs ne sont administratifs qu'à moitié (actes de gestion) et que les actes d'autorité sont seuls complètement administratifs.

Il est difficile de ne pas reconnaître le total avortement de cette théorie : si aujourd'hui les critères du contrat administratif et de la compétence de la juridiction administrative oscillent du système des clauses exorbitantes à celui de la mission de service public, rien dans la jurisprudence ni dans la doctrine contemporaine ne permet d'imaginer une tendance voisine de celle d'Hauriou. On peut ici incriminer une fois de plus la vieille et boiteuse théorie des actes d'autorité et des actes de gestion. Sans doute peut-on faire remarquer qu'il s'agit là de l'opinion d'un auteur encore peu aguerri au droit administratif (la note date de 1893) et qu'elle est fort lointaine, mais, d'une part, Hauriou nous avait déjà montré dès 1892 sa profonde originalité (39), d'autre part, en 1899, son analyse contenue dans sa note

(38) C.E., 13 mars et 17 avril 1891, S. 1893.III, p. 41 ; notes d'arrêts I, p. 227.

(39) Voir première partie, chapitre II.

sous l'arrêt Canal de Gignac était une incontestable prophétie. Ces éléments contrastent étrangement avec cette remarquable erreur de la note sous l'arrêt Medioni.

On vérifie ici la notation initiale : Un très grand auteur ne peut commettre de petites erreurs.

Toutes ces visions partielles ou globales, vraies ou fausses, avaient pour commun dénominateur de déborder largement leur temps. Qu'il s'agisse de la théorie des trois âges, de l'unification du statut des salariés ou de la disparition progressive du recours pour excès de pouvoir, ces visions avaient en commun de chercher à percer la réalité contemporaine, à partir d'indices extrêmement faibles, pour ainsi dire inexistants.

Il n'en ira pas de même d'autres découvertes elles aussi intuitives, il est vrai, mais dont la part d'intuition était moindre parce que combinée à une analyse souvent très pertinente d'éléments existants. *Ces intuitions ne portaient pas de rien : une partie de l'évolution était déjà commencée*, Maurice Hauriou se contentait avec un instinct très sûr d'induire le reste. Ces pressentiments inductifs formeront l'objet de la section II.

SECTION II

LES PRESSENTIMENTS

On avait pu distinguer trois types de visions : les visions globales, les visions partielles et les fausses prophéties. Or ici toute classification devient impossible et cela s'explique logiquement. Il était compréhensible que, s'agissant de pures visions détachées du réel, il put s'en révéler de fausses. Il est d'ailleurs difficile de reprocher à un prophète quelques-unes de ses manifestes erreurs tout en appréciant le relief de ces prophéties. Il n'en va évidemment pas de même des pressentiments d'Hauriou qui partent d'éléments juridiques et sociologiques déjà existants et se contentent de poursuivre dans l'imaginaire la ligne déjà tracée au fond par les exigences sociales et juridiques. *Dans ce cas, la marge d'erreurs est beaucoup moins grande et pratiquement inexistante tant l'intuition de l'auteur était sûre.*

Par ailleurs, il n'existe pas non plus de pressentiments portant sur des évolutions globales. Cette observation est liée à la précédente. C'est bien parce que l'auteur n'a pas induit quelques théories globales que sa marge d'erreurs a été dans ce cas inexistante. Mais on peut se demander encore pourquoi aucune des intuitions de cette section n'a porté sur une théorie globale. Ici la réponse est évidemment incertaine mais il convient de rappeler, pour éclairer le problème, que Maurice Hauriou au moins dans ses méthodes est très pluraliste et quelquefois contradictoire. Ainsi dans certains cas, selon l'instant et la matière, laisse-t-il sa pensée s'envoler très haut par-delà les déca-

des; d'autres fois, un réalisme prudent, méfiant, le conduisait à rester pas à pas attaché au problème technique et partiel qui était effectivement posé. Cette réponse est en elle-même insuffisante *mais il est difficile de donner ici une réponse plus décisive tant la lecture de l'œuvre est en elle-même sur ce point peu décisive.*

Il est donc impossible pour des raisons diverses de donner une présentation plus rationnelle, analogue à celle des visions, des différentes intuitions inductives. On les a donc groupées par matières. On distinguera successivement :

- le respect des droits des particuliers (§ 1);
- la responsabilité (§ 2).

PARAGRAPHE I

Le respect des droits des particuliers.

Sous ce titre, plusieurs questions différentes et partielles ont été exposées toutes unies par l'idée que l'avenir est à une jurisprudence respectueuse des droits des particuliers :

- l'élargissement et l'unification du contentieux (A);
- la fin des actes discrétionnaires (B).

A. — L'ÉLARGISSEMENT ET L'UNIFICATION DU CONTENTIEUX.

Dans ces deux domaines, la pensée d'Hauriou a devancé les mouvements de jurisprudence.

a) *L'élargissement du contentieux.*

C'est, très tôt, dans sa note sous les arrêts Bied, Charreton et Poisson (40), que Maurice Hauriou souhaite et annonce à la fois un élargissement des conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir. « Les deux espèces ci-dessus recueillies vont justement nous permettre d'examiner la question de savoir si le moment ne serait pas venu, grâce à une très légère modification des règles relatives à la recevabilité du recours, de le faire servir fort utilement au contrôle des administrations locales et notamment des administrations communales en déclarant recevable le recours du simple contribuable ».

L'intérêt du contribuable apparaît ici très lié à la bonne marche des administrations locales. Cette note est en effet très proche de son « Etude sur la décentralisation » parue en 1892 au répertoire Bequet. On rappellera que dans cette étude, Hauriou s'était montré très soucieux de faire du Conseil d'Etat le juge, le tuteur indirect des collectivités locales (41). Ainsi le recours pour excès de pouvoir accordé

(40) C.E., 10 février et 10 mars 1893, S. 1894.III, p. 129, notes d'arrêts II, p. 205.

(41) Voir première partie, chapitre I, section II, § 2.

au simple contribuable a pour fonction de faire du Conseil d'Etat le tuteur des libertés et de la bonne administration locale. Selon Hauriou, les représentants du pouvoir central avaient deux qualités : ils étaient respectueux des prérogatives de l'Etat puisqu'ils le représentaient et de plus ils administraient correctement selon le point de vue des intérêts généraux. Mais ils avaient un grand défaut : ils avaient un certain goût pour l'arbitraire.

Les défauts des administrations locales étaient différents. D'une part, elles n'étaient pas très respectueuses des prérogatives de l'Etat et notamment de sa législation. D'autre part, soit habileté, soit maladresse, elles n'étaient point ménagères des deniers publics. Si la gestion des intérêts généraux n'était pas toujours mauvaise, elle était toujours coûteuse. « Il est clair qu'il y a là un grave problème et les progrès de la démocratie ne feront qu'en accentuer les termes. Les contribuables des départements et des communes ne sont plus suffisamment protégés contre les écarts de leurs administrateurs. Il y a bien la tutelle préfectorale et celle du chef de l'Etat, mais cette tutelle est éternuée. Les nécessités de la politique électorale ont obligé les préfets à bien des complaisances administratives » (note précitée). Le seul moyen de remédier à cet état de fait était de faire du Conseil d'Etat le tuteur des collectivités locales et pour ce faire abandonner la théorie de l'intérêt personnel et reconnaître que la qualité du contribuable était désormais suffisante pour intenter un recours (42).

« L'occasion est excellente, c'est du côté que nous indiquons que l'extension doit se faire » (note précitée).

Et Hauriou accumule alors les arguments en faveur de sa thèse dont le principal est que si le Conseil d'Etat doit un jour ouvrir la porte c'est qu'elle était déjà entrouverte :

— Etait déjà reconnue comme suffisante la qualité de propriétaire dans la commune.

— De même était reconnue suffisante la qualité d'habitant et même de contribuable et d'habitant d'une section de commune.

— Enfin, aux termes des articles 64, 66 et 67 de la loi du 5 avril 1884, si des conseillers municipaux intéressés à une affaire ont pris part à la délibération, tout *contribuable* de la commune pouvait attaquer la délibération devant le préfet et même tout *intéressé* pouvait attaquer la décision du préfet devant le Conseil d'Etat au moyen d'un recours en forme du recours pour excès de pouvoir.

Le Doyen Hauriou revient d'ailleurs sur ce problème dans une nouvelle note sous un arrêt Merlin (43) et tente de rendre plus convaincante encore son argumentation. Selon lui, le Conseil d'Etat ne doit pas repousser cette mission qui s'offre à lui et cela pour cinq raisons :

(42) Sur tous ces points, voir répertoire Bequet de droit administratif, Décentralisation, n°s 111-115.

(43) C.E., 29 juin 1900, S. 1900.III, p. 65 ; notes d'arrêts II, p. 213.

— le contrôle de la légalité lui appartient; développant ce contrôle, il n'empiète pas sur les droits de l'administration active;

— si la tutelle préfectorale se trouve, il n'y aura pas de mal puisqu'en fait, énervée par la politique, elle se révèle insuffisante;

— il est urgent d'assurer le respect de la légalité et le bon ordre dans la gestion financière des administrations locales;

— « il y a longtemps » que le recours pour excès de pouvoir n'a pas reçu de développements nouveaux. Il ne faut pas le laisser s'immobiliser et se figer en une institution qui doit rester souple et vivante;

— enfin, le Conseil d'Etat peut pratiquement développer son contrôle puisqu'il s'est augmenté de nouvelles sections du contentieux (loi du 17 juillet 1900, « J.O. » 19 juillet).

Lorsque l'arrêt Casanova est enfin connu, il ne constitue pas un étonnement pour notre auteur. On sait que l'arrêt Casanova (44) avait admis la recevabilité du recours du contribuable contre une délibération du conseil municipal intéressant les finances de la commune. Hauriou se contente alors de rappeler qu'elle était « sollicitée, attendue, escomptée depuis longtemps » et rappelle que Romieu dans ses conclusions sur l'affaire Merlin avait demandé au conseil de franchir le pas décisif. Notre auteur se félicite alors non seulement de cet élargissement des conditions de recevabilité, mais encore de la façon dont le Conseil d'Etat s'est fait juge au fond des circonstances exceptionnelles qui justifient un engagement des dépenses. « Dès le premier pas que le juge a fait dans la voie de la tutelle administrative, il a senti qu'il lui fallait des pouvoirs de tuteur » (note précitée). Il disserte longuement sur la vie économique locale et conclut « Engageons les contribuables à former hardiment des recours pour mettre à même le Conseil d'Etat de se prononcer. La brèche est ouverte dans la muraille, il s'agit de faire pénétrer dans la place l'armée entière des contribuables avec armes et bagages ». Dès lors Hauriou se réjouit chaque fois des élargissements progressifs des conditions de recevabilité et annote systématiquement tous les arrêts relatifs à ce problème :

— « Maire de Nérès-les-Bains » 7 juin 1902 sur le recours du maire contre un arrêté du préfet annulant un de ses actes;

— Bergeon 1^{er} mai 1903 : recours d'un membre d'une assemblée délibérante contre une décision de cette assemblée;

— Chabot 7 août 1903 : recours d'un électeur contre une opération de sectionnement électoral;

— Lot du 11 décembre 1903 : recours d'un titulaire de diplôme contre la nomination à un emploi auquel ce diplôme donnait vocation;

— Storch 3 février 1905 : recours du propriétaire riverain d'une voie publique contre l'autorisation de poser des fils aériens de tramways sur cette voie;

(44) C.E., 29 mars 1901, S. 1901.III, p. 73 ; notes d'arrêts II, p. 227.

— syndicat des propriétaires et contribuables du quartier de Croix-de-Seguey, Tivoli 21 décembre 1906 : recours des usagers du service public contre le refus de mettre en demeure le concessionnaire d'exécuter le service dans les conditions prévues par le cahier des charges.

Tous ces arrêts sont annotés par Hauriou et toujours dans le même sens. Notre auteur entend même élargir le recours aux syndicats et associations. Tout lui est bon pour développer le contrôle de la Haute Assemblée nécessaire à une administration locale qui ne protège pas assez par elle-même les droits et intérêts des administrés.

On a saisi ici sur le vif comment Hauriou procédait. Son intuition initiale lui permettait de compléter ce que les raisonnements juridiques de son temps n'admettaient pas. Dans un deuxième temps, il trouve des raisons multiples appartenant à des ordres très divers, qu'il accumule dans l'espoir d'être entendu. Il joue donc un rôle essentiellement actif et ses notes sont très rarement le seul reflet des arrêts commentés. *Mais de là à déduire que Maurice Hauriou a dans ce cas comme dans bien d'autres influencé de façon directe et décisive la jurisprudence et la doctrine de son temps, il y a un pas encore impossible à franchir.* On évoquera ce problème dans la troisième partie (chapitre II).

L'unification du contentieux pose d'ailleurs à peu près les mêmes questions au chercheur.

b) *L'unification du contentieux.*

Déjà dans sa note sous l'arrêt Cadot, le jeune professeur Maurice Hauriou avait été frappé par la nécessité d'unifier le contentieux entre les mains du Conseil d'Etat. « Le contentieux administratif pris en lui-même ne peut que gagner à être centralisé aux mains du Conseil d'Etat » (45).

Mais ce n'est que dans sa note sous l'arrêt Terrier (46) que le Maître de Toulouse développe cette idée avec beaucoup d'ampleur.

Comme à son habitude, l'histoire constitue pour lui l'approche première. Il estime qu'il existe au moins trois raisons d'unifier le contentieux administratif :

- le salut même de ce contentieux l'exige;
- l'unification dans le sens de la compétence du Conseil d'Etat est déjà trop avancée pour qu'on puisse reculer;
- cette unification sera pour le plus grand bien des justiciables.

1) *L'incohérence antérieure lui paraît fatale.* Il lui paraît impossible de continuer l'état de désordre où se trouvait ce contentieux depuis un siècle : engagement de l'Etat aux tribunaux administratifs, engagement des départements et des communes aux tribunaux civils, action en responsabilité contre l'Etat aux tribunaux adminis-

(45) Note sous Cadot, C.E., 13 décembre 1889, S. 1892.III, p. 17 ; notes d'arrêts II, p. 425.

(46) C.E., 6 février 1903, S. 1903.III, p. 25 ; notes d'arrêts II, p. 447.

tratifs, engagement des départements et des communes aux tribunaux civils, toutes les contributions directes aux tribunaux administratifs, toutes les contributions indirectes aux tribunaux civils.

2) « *Il y a en réalité trois questions sur le tapis depuis trente ans : celle du juge de droit commun en matière administrative, celle de l'extension de la compétence administrative aux litiges suscités par l'exécution des services publics, enfin celle de l'extension de cette même compétence aux litiges suscités par les opérations de la vie départementale et communale ... En réalité, toutes les questions ont été implicitement tranchées à la fois le jour où le Conseil d'Etat s'est affirmé juge de droit commun* » (note précitée).

Donc, pour Hauriou, il faudra que la juridiction civile cède à l'administrative les matières de la responsabilité communale et départementale, des marchés de fournitures et des emprunts de ces administrations.

3) *Enfin, la troisième raison, fondamentale aux yeux de notre auteur, est qu'« on obtiendra plus facilement et plus complètement justice »*. En effet, le tribunal civil est plus timide et craint de s'immiscer dans les opérations des corps administratifs. Le juge administratif sera toujours plus audacieux et donc plus favorable à l'administré.

L'unification opérée par l'arrêt Terrier ne suffisait donc pas puisqu'elle concernait la matière contractuelle. Mais trois ans après la responsabilité des départements (47), des communes (48) et des établissements publics (49) allait être soumise au même titre que la responsabilité de l'Etat au principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires. Les tribunaux judiciaires s'inclinèrent après quelques hésitations, il est vrai, devant la décision du tribunal des Conflits (50).

Sur ce point encore, Hauriou avait devancé les événements à partir des éléments existants et notamment des arrêts Cadot et Terrier (51).

Il a également pressenti la fin du pouvoir discrétionnaire.

(47) Arrêt Feutry, S. 1908.3.97 ; notes d'arrêts II, p. 589.

(48) De Fonscolombes, T.C., 11 avril 1908, S. 1909.3.49 ; note Hauriou ; notes d'arrêts II, p. 609.

(49) T.C., 23 mai 1908, Jouillé, S. 1909.3.49 ; notes d'arrêts II, p. 625.

(50) Civ., 26 février 1912, S. 1914.1.17 ; note Mestre.

(51) En annexe à ces problèmes de contentieux on doit rappeler que, assez tôt (note sous Abbé L'Huillier, C.E., 7 mars et 26 décembre 1913, S. 1914.III, p. 17 ; notes d'arrêts II, p. 3) le Doyen de Toulouse avait proposé de développer les sursis à exécution des décisions administratives. « *Il faudrait qu'il fut à la disposition de tout réclamant sans l'appui de la presse, sans l'appui de l'administration... Nous avons idée que dans quelques années d'ici le recours pour excès de pouvoir, talonné de près par le recours contentieux ordinaire dont les développements sont si rapides, ne présentera plus d'intérêt que si grâce à la pratique du sursis il peut devenir un moyen de faire statuer sur la validité de la décision avant l'exécution* » (note précitée). Sans doute depuis l'ordonnance du 31 juillet 1945, article 48, le sursis

B. — LA FIN DES ACTES DISCRÉTIONNAIRES.

C'est dans sa note sous un arrêt Grazietti (52) que Maurice Hauriou expose le problème dans son ampleur.

Il s'agissait dans cette affaire de l'annulation d'un décret de dissolution d'un conseil municipal qui constituait le premier exemple d'une pareille annulation. Hauriou annonce alors la fin de la catégorie des actes discrétionnaires.

Hauriou commence par critiquer le caractère exceptionnel donné à cette annulation car « il n'y a pas d'actes discrétionnaires, il y a un certain pouvoir discrétionnaire qui se retrouve plus ou moins dans tous les actes et qui est essentiellement le pouvoir d'apprécier l'opportunité des mesures administratives » (note précitée).

Mais il n'y a pas d'actes où, à côté de la question d'opportunité, on ne puisse soulever des questions de légalité ou même de moralité administrative. Or, la légalité et la moralité administratives ne sont pas discrétionnaires, elles sont obligatoires. Selon Hauriou, la formule « actes dont les motifs ne sauraient être discutés par la voie contentieuse » cache donc la plus nuisible des équivoques. Si elle signifie que les motifs d'opportunité ne peuvent être discutés au contentieux, elle serait vraie de tous les actes; si elle signifie que les motifs qui contiendraient un manquement à la légalité et à la moralité administrative (cas d'excès de pouvoir caractérisé) ne peuvent être discutés au contentieux, elle ne serait vraie d'aucun acte.

Déjà Laferrière avait distingué deux types d'arrêts, les uns relatifs à la légalité de l'acte et admettant le recours, les autres relatifs à la discussion des motifs refusant le recours. *Hauriou en tire la conclusion que la prétendue impossibilité d'apprécier les motifs des actes discrétionnaires n'a été qu'une étape à laquelle la jurisprudence s'est arrêtée pour faire croire que l'excès de pouvoir n'était pas saisissable dans les motifs de l'acte alors qu'il pouvait être saisi dans l'acte lui-même.* « Cette distinction artificielle a pu être utile mais elle doit disparaître comme tout ce qui ne correspond à rien de réel... La grande raison doctrinale qui doit décider le Conseil d'Etat à l'examen contentieux des motifs de tous les actes motivés, c'est que la notion même de l'acte administratif implique l'examen contentieux de ce qui est contenu dans l'acte. Une décision administrative est une déclaration de

— qui existait antérieurement — a-t-il été réglementé et depuis la réforme du contentieux administratif de 1953 les tribunaux administratifs ont également un pouvoir d'accorder le sursis d'exécution que ne possédaient pas les anciens conseils de préfecture (à condition qu'il ne s'exerce pas à l'égard de décisions intéressant l'ordre public). Mais le Conseil d'Etat s'est montré très sévère et très restrictif et très peu de sursis ont finalement été accordés. Le problème évoqué par Hauriou en 1914 est donc encore très brûlant. Le pénétrant article de M. le Professeur Rivero au Dalloz du 7 février 1962 intitulé « Le Huron au Palais-Royal » va exactement dans ce sens et montre à quel point ce problème préoccupe la doctrine. Encore une intuition remarquable de notre auteur !

(52) C.E., 31 janvier 1902, S. 1903.III partie p. 113 ; notes d'arrêts II, p. 182.

volonté et qui plus est une déclaration écrite. Toutes les parties d'une déclaration de volonté sont solidaires et réagissent les unes sur les autres » (note précitée).

Mais cette analyse aussi intéressante soit-elle permettrait seulement d'expliquer l'abandon de la théorie des actes discrétionnaires. Elle ne permettrait pas de dégager comment le Conseil d'Etat allait contrôler les actes administratifs dans lesquels il entrait du pouvoir discrétionnaire.

C'est dans sa note sous les arrêts Dreiffuss et Lévi (53) que le Maître de Toulouse va préciser sa pensée sur ce point. Si l'on part du principe que le pouvoir discrétionnaire git au fond de tout acte administratif et si l'on devait déclarer le recours pour excès de pouvoir non recevable dans les cas où il y en existe un peu, « autant vaudrait supprimer le recours pour excès de pouvoir » (note précitée).

Alors écartera-t-on le recours contre des actes incluant beaucoup d'actes discrétionnaires, mais ce critère est vague et au surplus absurde car dans ce cas subsiste une zone de légalité et de moralité que l'administration se doit de respecter et que le juge se doit de contrôler. Il faut donc logiquement permettre au juge de statuer au fond « en faisant le tour du pouvoir discrétionnaire ». De plus, si le juge estime que le pouvoir discrétionnaire, indépendamment de la question d'opportunité, ne s'est pas astreint à l'observation soit de la loi, soit de certaines règles de moralité, il s'estime fondé à annuler. Donc où réside l'autonomie du pouvoir discrétionnaire ? Elle ne doit plus résider logiquement que dans l'opportunité de la mesure. « Le juge va en faire le tour pour voir si rien ne dépasse l'alignement... Quatre-vingt dix-neuf fois, le pouvoir discrétionnaire sortira victorieux de ce passage au crible; une fois sur cent, il sera pris en faute. Cela suffit pour l'exemple (note précitée).

M. le Professeur de Laubadère (54) affirme que le Maître de Toulouse avait présenté le contrôle du Conseil d'Etat comme une limitation au pouvoir discrétionnaire alors qu'en réalité il faudrait parler de compensation. Il n'y aurait en réalité aucune restriction apportée à celui-ci puisque ce contrôle ne concerne pas les éléments de l'acte juridique sur lesquels se localise la notion de pouvoir discrétionnaire.

Or nous nous sommes reportés à la référence invoquée (55) et nous n'avons rien trouvé de tel. Au contraire, la lecture attentive de la note sous les arrêts Dreiffuss et Lévi montre que notre auteur pousse le Conseil d'Etat à seulement « faire le tour du pouvoir discrétionnaire » sans y pénétrer et bien loin de limiter le pouvoir discrétionnaire, il propose d'en garantir l'autonomie autour de la seule notion d'opportunité (à condition que celle-ci ne soit pas mélangée à la légalité et

(53) C.E., 7 juillet 1916, S. 1917.III, p. 41 ; notes d'arrêts II, p. 10.

(54) Traité de droit administratif, 1963.I, n° 402 et suiv.

(55) Précis de droit administratif, p. 419.

à la moralité). Il semble donc que loin de limiter ce pouvoir, Hauriou ait cherché à en garantir un noyau incompressible.

Il est vrai qu'en même temps M. de Laubadère rend un sincère hommage au Doyen de Toulouse en affirmant en tout cas qu'« il est devenu banal de répéter après Hauriou qu'il n'existe pas d'actes discrétionnaires, mais seulement un certain pouvoir discrétionnaire des autorités administratives » (56).

Ainsi on croit avoir montré l'intuition très grande de Maurice Hauriou sur tous ces points : le mouvement jurisprudentiel et doctrinal lui paraissait devoir être de plus en plus favorable au respect des droits des particuliers. La même intuition se révèle dans la théorie de la responsabilité.

PARAGRAPHE 2

La responsabilité.

On a déjà vu que Maurice Hauriou avait fondé sur des bases constitutionnelles la théorie de la faute de service qui est au cœur de la théorie administrative de la responsabilité. De même, sa pensée avait-elle oscillé, selon les mouvements de la jurisprudence, de la théorie du risque à celle de la faute.

Ce ne sont pas ici ces théories globales qui nous intéressent quoique Maurice Hauriou dans leur élaboration ait toujours révélé ses qualités de pénétration, en construisant après coup de remarquables théories explicatives et justificatrices de la jurisprudence antérieure et du mouvement futur de celle-ci.

Mais ses véritables intuitions inductives concernent des problèmes beaucoup plus partiels.

— Quelques années à l'avance, il préfigure la jurisprudence Tomaso Greco.

— Il en est de même de la jurisprudence relative à la responsabilité des personnes morales.

— Il a préparé également le revirement de jurisprudence relative au monopole des compagnies gazières.

A. — LA PRÉFIGURATION DE LA JURISPRUDENCE TOMASO GRECO.

C'est dans sa note sous l'arrêt Lepreux (57) que le futur Doyen Hauriou annonce un inévitable revirement de jurisprudence. Sans reprendre le détail de l'affaire, il suffit de rappeler que la responsabilité de l'administration à l'occasion de faits d'exécution de son service était mise en cause dans la requête.

(56) Traité précité, n° 399.

(57) C.E., 13 janvier 1899, S. 1900.III, p. 1 ; notes d'arrêts I, p. 515.

Notre auteur était très imprégné de ses propres développements sur « La gestion administrative » puisque cet ouvrage avait paru la même année, en 1899.

Pour lui l'administration qui s'est mise en position de gestion, entre en collaboration avec l'administré. Or, entre collaborateur et associé, il y a une certaine réciprocité d'obligation parce qu'il s'établit une confiance réciproque. En conséquence, si l'administration a de son côté le droit d'employer la contrainte pour assurer la régularité des services organisés, en retour elle a l'obligation d'indemniser lorsque des accidents se sont produits dans le service. Ces droits et obligations sont la contrepartie les uns des autres et naissent tous de la situation de gestion.

La position d'Hauriou est ici très originale puisque Laferrière avait affirmé dans son ouvrage (58) que la gestion administrative relevait de la compétence judiciaire, suivi en cela par Michoud (59). Or « on se demande quelles seraient les matières administratives si l'exécution des services publics ne relevait pas en principe de la compétence administrative » (60) (note précitée). D'ailleurs, puisqu'il faut protéger l'administration et que la contrainte est nécessaire pour assurer la régularité du service (même dans l'hypothèse de la gestion) la compétence administrative s'impose.

Déjà l'Etat avait été condamné à des indemnités pour préjudices causés dans l'exécution des services de police. Ce n'était pas une nouveauté (61). Mais cette jurisprudence relative à la police des faits avait été minimisée à tort. Son raisonnement personnel joint à cette jurisprudence poussent Hauriou à critiquer vivement la décision Lepreux qui affirme « qu'il est de principe que l'Etat n'est pas, en tant que puissance publique et notamment en ce qui touche les mesures de police, responsable de la négligence de ses agnts ».

Maurice Hauriou répond : « Mais non, ce n'est pas là le principe. Le principe est que la puissance publique agissant par voie d'autorité est irresponsable, mais ici la question était justement de savoir si la puissance publique n'agissait pas plutôt par voie de gestion puisqu'il y avait exécution d'un service d'ordre ». *En effet l'erreur était de croire que la puissance publique était toujours identique à elle-même; or le Maître de Toulouse s'en était bien gardé dans sa construction de « la gestion administrative ».*

Cinq ans après intervenait l'arrêt Tomaso Greco précité qui allait exactement dans le sens de ses analyses. Maurice Hauriou se contente alors de triompher modestement. Ici encore quelques éléments existants et beaucoup d'intuition lui avaient permis de deviner la suite.

(58) T. I, pp. 8 et 484.

(59) De la responsabilité de l'Etat, n° 34, pp. 59 et 60.

(60) Hauriou commence déjà son second temps « Service public ». Sur ce point première partie.

(61) Par exemple, C.E., 1^{er} août 1861, Glass. S. 1862.2.570.

B. — LE PROBLÈME DES REMÈDES
AU « MAUVAIS VOULOIR » DE L'ADMINISTRATION.

C'est dans sa note sous les deux arrêts Fabrègues (62) que le Doyen de Toulouse se préoccupe de cette question : Un maire avait par dix arrêtés successifs suspendu de ses fonctions pendant dix mois et sans interruption le garde champêtre de sa commune. Or il n'en avait pas le droit car son pouvoir de suspension ne peut s'exercer pour une durée supérieure à un mois aux termes de l'article 102 de la loi du 5 avril 1884.

Ces dix arrêtés furent annulés par le Conseil d'Etat mais le maire prit sept nouveaux arrêtés de façon à suspendre encore pendant sept mois consécutifs le même garde champêtre. Ces sept arrêtés furent eux-mêmes annulés par le Conseil d'Etat « Il n'y a pas de raison pour que cela finisse... » (note précitée). Ce problème lui semblait d'autant plus grave que sous l'action combinée de la décentralisation et des mœurs électorales « le point d'honneur » des administrations à s'exécuter spontanément avait disparu. *Les préoccupations politico-électorales avaient fait mépriser les décisions du Conseil d'Etat aussi bien par les collectivités locales que par le Préfet tuteur.*

Il fallait donc trouver une solution : « Elle consisterait à poser en principe que lorsqu'une administration publique a été condamnée en dernier ressort par une juridiction quelconque, l'administrateur responsable de l'exécution de la chose jugée commet un fait personnel en n'exécutant pas le jugement et devient pécuniairement responsable du préjudice sur ses biens personnels » (63) (note précitée)

Pour Hauriou, l'efficacité pratique de cette solution ne serait pas douteuse. Au surplus juridiquement, elle semblait fondée car une faute

(62) C.E., 23 juillet 1909 et 22 juillet 1910, S. 1911.III, p. 121 ; notes d'arrêts II, p. 397.

(63) Sur ce point M. Pascal Arrighi dans son article sur Hauriou : commentateur des arrêts du Conseil d'Etat dans le livre jubilaire du Conseil d'Etat (p. 34) a commis un très remarquable contre-sens. Il cite d'abord, de façon inexacte, la note précitée. « Elle consisterait à poser en principe que lorsqu'une administration a été condamnée en dernier ressort par une juridiction quelconque, l'administration responsable de l'exécution de la chose jugée commet un fait personnel en n'exécutant pas le jugement et devient pécuniairement responsable ». Et l'auteur ajoute « Remarque riche d'avenir et qui devait préparer les solutions aujourd'hui admises par tous : c'est la personne morale dont l'administrateur est l'organe qui est responsable ».

Trois remarques s'imposent :

- 1) M. Arrighi a remplacé « administrateur » par « administration ».
- 2) M. Arrighi a tronqué la citation en n'ajoutant pas « du préjudice sur ses biens personnels » ce qui aurait enlevé tout sens à sa « reconstruction » car il n'existe pas que l'on sache de « biens personnels » appartenant aux administrations publiques.
- 3) Grâce à ces deux techniques précédentes, il a dénaturé la pensée d'Hauriou qui consistait précisément à mettre en cause la responsabilité personnelle du fonctionnaire : on avoue franchement ne pas comprendre le besoin qu'a eu cet auteur de reconstruire Hauriou à sa guise.

ne peut rester administrative que lorsqu'elle est liée à des pratiques avouables de l'administration. A la rigueur l'administration peut commettre quelques erreurs mais un refus d'exécuter un arrêt « n'est plus du tout dans la ligne de la fonction administrative ». Le fonctionnaire « commet un fait personnel, parce qu'il est inadmissible que son fait soit administratif ».

Il est clair, contrairement à ce qu'affirme M. Arrighi, que cette proposition n'a pas rencontré encore de succès dans la jurisprudence. Mais il n'est pas douteux que ce problème reste très préoccupant et de nombreux auteurs aujourd'hui encore considèrent très fâcheuse l'impuissance du juge en ce domaine. Les uns sont partisans de la solution proposée par Hauriou, les autres (notamment M. le Professeur Weil) (64) émettent des réserves. Mais tous considèrent comme choquante la situation créée par le mauvais vouloir administratif (65).

On ne peut donc pas dire que la solution préconisée par Hauriou ait été réalisée. Mais au moins avait-il « senti » un problème considéré comme très actuel cinquante ans plus tard. Ici encore son intuition est très remarquable.

(64) A titre d'exemple M. RIVERO, « Le Huron au Palais-Royal », précité, RIVERO, « Précis de droit administratif », 1961, n° 219 ; M. de LAUBADÈRE, Traité, 1963, n° 788 ; WALINE, « Traité de droit administratif », 1963, n° 466-860. M. Waline en particulier est très favorable à la suggestion qui consistait à mettre en cause la responsabilité personnelle du fonctionnaire. Nous devons avouer notre sympathie pour cette solution dans la mesure où condamner l'administration à une indemnité pécuniaire consiste à reporter le problème car il lui sera facile de ne pas exécuter puisqu'il n'existe pas contre elle de voies d'exécution. Par contre l'administrateur, particulier comme les autres, est très vulnérable à une telle condamnation. Il faudrait que la jurisprudence ose.

(65) 28 décembre 1949, Société des Automobiles Berliet, S. 1951.3.1. Concl. Guionin, note Mathiot, D. 1950.383, note Weil. Le professeur Weil, dans cette note, est hostile à cette proposition : Le principal argument qu'il invoque est que, dans le cas du ministre, la responsabilité personnelle n'a jamais pu être établie. Mais nous pensons que ce n'est pas au nom d'un cas que l'on peut condamner une règle. Quand on compare dans la pratique administrative quotidienne les deux types de refus de respecter l'autorité de la chose jugée, *refus franc et brutal* ou *inertie administrative*, multiplication des difficultés pour empêcher de parvenir au résultat, freins de toutes sortes, on se rend compte aisément que les seconds sont légion et les premiers assez exceptionnels. Or les seconds sont le plus souvent loin d'être imputables au ministre. Ils sont imputables à la moyenne administration (départementale ou régionale) ou encore à la pure administration d'exécution. Faut-il alors au nom de l'impossibilité d'établir la responsabilité personnelle du ministre, refuser de sanctionner les agissements des « féodalités administratives » et de « la mesquinerie administrative » ?

De plus, M. Weil semble se rallier à la proposition de Jèze qui, dans son cours de droit public de 1929 (p. 147), propose de confier au juge le pouvoir d'injonction et de substitution à l'administration. Cette proposition qui va jusqu'au bout d'une excessive logique n'a aucune chance d'être acceptée dans l'état actuel du droit administratif français. C'est dans cette zone du moins que se situait l'analyse d'Hauriou partagée d'ailleurs par Duguit in « Les transformations du droit public » (p. 218) et un moment par Jèze lui-même, R.D.P. 1913, p. 437.

C. — LA PRÉFIGURATION DE LA JURISPRUDENCE .
RELATIVE AUX COMPAGNIES GAZIÈRES CONCESSIONNAIRES.

On sait que les compagnies du gaz avaient travaillé à s'assurer une sorte de monopole sous le nom de privilège exclusif et y étaient parvenues en faisant souscrire aux villes dans le traité de concession l'engagement de ne pas favoriser d'entreprise concurrente. La situation des compagnies du gaz était ainsi juridiquement très forte et cela se vérifie lorsque la concurrence de la lumière électrique essaya de se dessiner et lorsque les villes liées à des compagnies gazières consentirent, malgré tout, des permissions de voirie à des électriciens.

La jurisprudence donna tout d'abord raison aux compagnies gazières. *Dès les premiers arrêts rendus sur cette question, Hauriou fut très favorable au Conseil d'Etat.*

— Dans un premier temps, Hauriou semble prôner une coexistence des deux types d'éclairages, gaz et électricité. C'est ainsi que dans sa note sous les arrêts *Ville de Saint-Etienne* et *Ville de Montluçon* (66), il signale que se sentant menacées, les compagnies du gaz ont perfectionné leurs procédés et que « la lumière électrique après tout ne plaît pas à tout le monde. De plus il n'est pas dit que dans la canalisation, les courants conservent toujours leur intensité première; il peut y avoir des mécomptes. Bref, tout compte fait, les deux entreprises peuvent vivre l'une à côté de l'autre » (note précitée). Mais la position de notre auteur ne se ramène pas à des vues naïves sur le courant électrique, elles est aussi fondée juridiquement. Le seul problème sérieux qui lui paraisse se poser est celui-ci : *les compagnies d'éclairage au gaz sont-elles concessionnaires du service de l'éclairage par toute espèce de lumière ou bien seulement du service de l'éclairage par la lumière du gaz ?* Il penche très nettement pour la dernière option pour trois raisons :

— *La première* est que toute cette opération aboutit à l'établissement d'un monopole contraire à la liberté naturelle de la rue et qu'il est conforme à la législation de restreindre les monopoles au strict minimum.

— *La seconde* est qu'il lui semble s'agir d'une opération de puissance publique puisque c'est une entreprise de travaux publics et qu'il est de principe que la puissance publique doit se lier le moins possible dans les opérations qu'elle fait.

— *La troisième* « est qu'il n'y a pas de service d'éclairage au sens absolu du mot mais qu'il y a plusieurs services d'éclairage suivant l'espèce de lumière employée, de même qu'il y a plusieurs services de transports » (note précitée).

Et l'auteur insiste longuement sur les deux premières raisons plus proprement juridiques.

(66) C.E., 26 décembre 1891, S. 1894.III, p. 1 ; notes d'arrêts III, p. 522.

— *Cependant, dans un deuxième temps*, Hauriou ne semble même plus admettre la coexistence des deux éclairages car l'éclairage électrique lui paraît finalement supérieur. Et il critique le Conseil d'Etat d'avoir établi que les compagnies étaient concessionnaires, non seulement de l'éclairage par le gaz mais de l'éclairage en soi (67).

— *Enfin, dans un troisième temps*, Hauriou très étonné de l'entêtement du Conseil d'Etat tente de lui trouver des raisons « Les jurisprudences du Conseil d'Etat sont d'ordinaire raisonnables : celle-ci doit avoir ses raisons. Si elles ne se trouvent pas dans des considérations juridiques, elles seront peut-être dans des considérations de haute administration sauf à révéler les vices graves de certains procédés administratifs » (note précitée).

Adopter une jurisprudence favorable à l'électricité, c'était pour Hauriou déprécier les monopoles d'éclairages et donc les valeurs cotées en bourse, provoquer une sorte de crise financière. Sans doute, il y a aussi les capitaux engagés dans les sociétés d'électricité, mais ces capitaux aventureux et non classés « ne méritent pas d'être protégés. Par contre, les capitaux engagés dans les compagnies du gaz, qui depuis longtemps étaient placés là et qui appartiennent peut-être à des mineurs et à des femmes doivent absolument être protégés ». Hauriou en conclut — et cela fait pièce à ceux qui l'ont accusé d'un excessif libéralisme économique, (en fait son œuvre est toute en nuance) — qu'il n'y a plus qu'une solution : C'est la production en régie de l'éclairage municipal afin que l'administration ait le droit d'améliorer les services publics. « Il n'y aura plus de services publics qui soient serfs d'une valeur de bourse » (note précitée).

Mais « le bien sort souvent de l'excès du mal ... le Conseil d'Etat va jusqu'au bout de certaines jurisprudences où il s'est engagé ... mais il réfléchit à leur inconvénient ... il a compris qu'on n'arrête pas le progrès » (68).

Ainsi dix ans à l'avance, Hauriou avait préconisé pour des raisons très pratiques en même temps que très juridiques la solution que la jurisprudence avait finalement adoptée.

Ces diverses intuitions prouvent ainsi qu'en deçà des visions à très long terme et détachées de la réalité du moment, l'intuition d'Hauriou s'exerçait avec bonheur à partir d'éléments déjà existants mais dont il devinait l'avenir (69).

(67) Dans ce sens notes sous les arrêts Gaz de Limoges et Gaz de la Rochelle, C.E., 11 janvier 1895 et 8 février 1895, S. 1896.III, p. 129 ; notes d'arrêts III, p. 544.

(68) Note sous Gaz de Deville-lès-Rouen, C.E., 10 janvier 1902, S. 1902.III, p. 17 ; notes d'arrêts III, p. 563.

(69) On peut également citer comme exemple de pressentiment, l'intuition d'Hauriou sur le service public.

Dès 1899, on sait qu'Hauriou a défendu le critère du service public, qu'il avait un moment adopté en 1892-1893, mais qu'il avait momentanément abandonné depuis. Ainsi que le dit M. Rivero « à l'origine des puissantes symphonies bordelaises, il n'y a rien d'autre qu'un thème toulousain », Hauriou et l'avènement de la notion de service public (article précité). L'acte administratif étant caractérisé

On verra encore que l'intuition d'Hauriou s'exerce de façon différente : Elle s'exerce dans les inductions d'Hauriou.

SECTION III

LES INDUCTIONS

L'objet de cette section est différent de celui de la précédente. Dans la précédente section, *l'intuition était combinée à un élément de temps*. Hauriou devançait son temps. Il pressentait l'avenir, mais il pressentait à partir d'éléments existants, ce qui différenciait le pressentiment inductif des pures visions. *Ici l'intuition demeure, mais le facteur temps a disparu. Hauriou n'annonce plus*. Il construit une théorie qui lui paraît valable dans l'immédiat. A partir d'éléments souvent minuscules, il construit des théories très globales auxquelles personne n'aurait songé avant lui. C'est très exactement ce mécanisme que les logiciens appellent l'induction. Il est clair que des recons-

par son but, le service public, la compétence administrative doit s'étendre à tous les faits qui se rattachent à l'exécution d'un service public, parce que le but du service public définit des moyens dérogatoires au droit commun : ceux de la gestion publique. « Ainsi à la veille de l'arrêt Terrier, la notion de service public a trouvé son théoricien et pris un contenu juridique qui jusque-là lui manquait » (Rivero, article précité).

On sait de plus que M. Rivero a démontré audacieusement que ce sont les analyses d'Hauriou qui ont influencé la jurisprudence, mais on analysera ce point en troisième partie.

Par contre, ce qui intéresse ici ces développements, c'est qu'il ait pressenti au moins quatre années à l'avance l'avenir (provisoire) de la notion de service public. Sans doute pourrait-on remarquer qu'il n'a jamais longtemps défendu la même thèse et que les quatre « tempo » qui ont rythmé sa pensée étaient à la fois antérieurs et postérieurs aux mouvements provisoires de la jurisprudence en faveur du service public aux alentours des années 1900-1920. Ainsi ces quatre « tempo » se résorberaient dans l'unité réalisée par les oscillations de son équilibre interne du service à la puissance publique et réciproquement et ne correspondraient pas en fait aux mouvements de la jurisprudence. Sur ces quatre « tempo », voir première partie, chapitre II, section II.

Cette conception purement autarcique des thèses d'Hauriou ne semble pas fondée. On rappellera à cet égard qu'il envisagea pour la première fois le service public comme but du droit administratif en 1892-1893 et qu'il abandonna bien vite un critère qu'il avait peu élaboré. En 1921, il abandonne encore ce critère comme critère majeur et décisif pour le remplacer par celui de la puissance publique. Pourquoi en 1899 a-t-il changé, a-t-il inversé sa thèse ? Parce qu'à l'époque, ainsi que l'exprime à juste titre le Professeur Rivero (dans son article précité), le service public coïncide avec les règles de droit public et qu'il lui paraît dès lors illogique qu'à court terme la jurisprudence ne consacre ce critère qui semble très cohérent. Dans ce cas, c'est son raisonnement et son intuition qui lui ont permis d'annoncer le mouvement. Il l'a devancé et prévu. On ne peut donc parler de simple coïncidence entre une pensée de cabinet et un mouvement juridique profond. Hauriou ne vivait pas en autarcie.

Hauriou a également pressenti l'avenir d'un mouvement jurisprudentiel très respectueux du droit des particuliers.

tructions aussi globales à partir d'éléments aussi partiels ne peuvent s'expliquer que par son extraordinaire intuition.

On distinguera successivement les inductions qui ont permis de développer :

- La théorie générale de l'ordre social (§ 1) ;
- La théorie du domaine public (§ 2) ;
- La théorie de la responsabilité (§ 3).

Ces théories globales ont toutes pour élément commun d'être nées d'éléments très partiels et minimes. Si l'on plaçait aujourd'hui un excellent spécialiste de droit administratif face aux espèces qui ont donné lieu à ces théories globales, il serait très probablement incapable de reconstruire celles-ci de lui-même.

PARAGRAPHE I

L'ordre social.

On distinguera successivement :

- l'hostilité de l'ordre social individualiste au socialisme (Canal de Gignac) ;
- l'hostilité de cet ordre social à la « guerre privée » (Winkell) ;
- pour une société mutualiste : le Crédit agricole (caisse de Sermerieu) ;
- la morale universelle de l'ordre social individualiste (Esquieu) ;
- l'ordre social et la philosophie des intérêts locaux (Merlin).

A. — L'HOSTILITÉ DE L'ORDRE SOCIAL INDIVIDUALISTE AU SOCIALISME (*Canal de Gignac*).

Il faut immédiatement nuancer le titre. *Il s'agit pour Hauriou non seulement d'hostilité au socialisme mais aussi au collectivisme et à toute forme d'étatisme.* Voilà de bien grands mots et de bien vastes pensées.

Sait-on suffisamment à propos de quelle espèce Hauriou les a exprimées pour la première fois ? Il s'agissait seulement de l'obligation imposée aux propriétaires compris dans le périmètre d'une association syndicale autorisée d'y adhérer sous peine d'avoir à délaissier leurs immeubles, de l'assimilation des taxes de ces associations aux contributions directes, du pouvoir attribué aux préfets d'inscrire d'office à leur budget les dépenses obligatoires et de modifier les taxes de manière à assurer l'acquit de ces charges, tous ces arguments permettant finalement de déduire le caractère d'établissement public de ces associations.

De ces éléments, strictement techniques, Hauriou élabore une théorie politique. « Si la question est intéressante, ce n'est pas tant au

point de vue administratif proprement dit qu'au point de vue politique et social » (note sous Canal de Gignac précitée). Ce qui lui paraît grave, c'est d'incorporer à l'administration de l'Etat des entreprises qui ne sont pas d'intérêt public mais d'intérêt collectif « parce que la confusion du collectif et du public est proprement le fond de la doctrine collectiviste, de telle sorte qu'on peut dire des associations syndicales transformées en établissements publics qu'elles sont la première institution collectiviste » (note précitée).

Il n'est pas utile de poursuivre l'exposé des idées d'Hauriou sur ce point puisqu'elles l'ont déjà été. Il suffit de préciser qu'à la suite des observations ci-dessus, le Maître de Toulouse développe durant huit pages sa note sur ce thème qui le conduit à sa vision « on nous change notre Etat ». On ne peut s'empêcher de sourire lorsqu'on lit « Le Conseil d'Etat n'avait point songé à toutes ces conséquences quand il rédigea son règlement du 9 mars 1894 ». *En effet qui y eut songé, sinon Hauriou ?*

B. — L'HOSTILITÉ DE L'ORDRE SOCIAL A LA « GUERRE PRIVÉE » (Winkell).

L'arrêt Winkell précité se contente d'affirmer que les agents proposés au service public et qui se mettent en grève se placent par là-même en dehors des lois et règlements édictés en vue de garantir les droits résultant pour chacun d'eux du contrat de droit public qui les lie à l'administration. *Hauriou part de ce problème pour constater tout d'abord que la grève et la coalition constituent des ruptures fondamentales de la paix sociale, de cette paix fondamentale qui repose sur le principe que nul ne se fait justice à soi-même.* « Le droit de grève c'est le droit de guerre privée qui réparait. Et ce n'est pas une guerre privée accidentelle, c'est une guerre privée systématique, menée par une classe qui aspire à la souveraineté » (note sous Winkell). Et Hauriou disserte longuement sur la guerre et la paix sociales. C'est ainsi qu'il s'étonne qu'en 1864 on ait reconnu dans les conflits industriels la légitimité de la coalition et de la grève. Il tente alors de donner une explication cohérente de la société bourgeoise du XIX^e siècle. « La société bourgeoise a été prise au dépourvu » par la question ouvrière. Etant dans l'incapacité de résoudre le problème par sa justice, elle préféra prendre alors le parti de déclarer la grève licite « avec l'arrière-pensée que patrons et ouvriers dans les conflits violents qui allaient se poursuivre poseraient comme malgré eux les bases du nouveau droit ouvrier... Mais bientôt la grève sera une arme inutile car l'Etat est redevenu capable d'assurer la paix industrielle... Si elle subsiste désormais, elle ne sera plus qu'une arme révolutionnaire, un instrument politique dont la survivance ne nous intéresse plus... ».

Ces derniers développements, qui auraient aussi bien pu être classés dans les erreurs de vision, le conduisent à penser que si la coalition et la grève sont « des faits révolutionnaires et des faits de guerre » *a fortiori* la coalition et la grève des fonctionnaires le sont-

ils ! Il ne s'étonne donc plus « que le gouvernement leur ait appliqué le droit de guerre et usé vis-à-vis d'eux de représailles ». Ainsi légitime-t-il la position de l'administration et du juge.

Même si elle est fausse, quelle envolée !

Quel commentateur eût de lui-même traité de la paix et de la guerre dans l'Etat industriel à partir du simple problème de la non-application de l'article 65 de la loi de 1905 ?

C. — POUR UNE SOCIÉTÉ MUTUALISTE : LE CRÉDIT AGRICOLE (CAISSE DE SERMÉRIEU).

Dans l'affaire « Caisse rurale de Sermérieu » (70), il s'agissait du problème de savoir jusqu'à quel point les caisses de crédit agricole, sociétés désintéressées, seraient susceptibles d'être imposées à la patente.

Hauriou commence de but en blanc sa note par l'avertissement suivant : « Pour comprendre la portée de la décision du Conseil d'Etat imposant à la patente la caisse rurale dont s'agissait dans l'espèce, il est nécessaire d'exposer la question du crédit agricole ».

Rien de moins.

Hauriou expose alors le problème dans son ensemble. Il raconte qu'il s'est créé un centre fédératif du crédit agricole et que ce mouvement correspond à un besoin profond.

— D'une part, les charges de la petite agriculture et de la petite industrie « sont devenues de plus en plus lourdes par suite de l'appauvrissement de la terre, de l'âpreté de la concurrence par la nécessité des engrais et de l'outillage perfectionné... ».

— D'autre part, à raison de la dépopulation des campagnes, de la disparition de la petite bourgeoisie rurale, de l'absentéisme des grands propriétaires, « les sources anciennes de crédit sont taries pour le petit propriétaire ou le petit artisan ».

Il donne donc le remède dont il démonte minutieusement le mécanisme : l'association « qui a la vertu merveilleuse de faire quelque chose avec rien » et dont la clef du mystère réside dans le fait que « tous les membres sont orientés vers le même genre de vie qui peut donner confiance ». Il expose alors successivement les deux grands systèmes de crédit en France et à l'étranger, porte des jugements généraux sur les avantages et inconvénients de ces systèmes. *Retombant finalement de ces développements fort élevés, le Doyen Hauriou conclut que le Conseil aurait dû tenir compte de ces préoccupations élevées de crédit agricole et ne pas taxer ces sociétés désintéressées.* Une fois cette position prise, il énonce les divers arguments juridiques sur lesquels aurait pu s'appuyer le Conseil d'Etat et qui ne nous intéressent pas ici.

Cette note sous l'affaire Sermérieu est un modèle du genre.

(70) C.E. 24 décembre 1897, S. 1899, III, p. 17 ; notes d'arrêts, I, 454.

— L'auteur s'envole très vite vers les problèmes généraux.

— Il en redescend pour les « accrocher » à l'espèce bien précise qui est la source du problème.

— Enfin, après coup et comme pour donner bonne conscience au Conseil d'Etat et à lui-même, il construit une théorie juridique susceptible de fonder son intuition initiale. Dans cette perspective — caractéristique déjà évoquée — il semble prendre très au sérieux plusieurs arguments de texte qu'il n'utilise que lorsque sa position ne lui semble pas toujours certaine. *Or il est bon de rappeler qu'il a toujours été hostile à « une conception judaïque du droit », c'est-à-dire à une interprétation des textes par les textes dans une parfaite autarcie livresque.*

Cette montée aux généralités et cette descente au réel, décelables dans les notes sous les arrêts Canal de Gignac et Winkell, flagrantes dans cette note sous cet arrêt caisse de Sermérieu, se retrouvent encore dans les deux prochains développements : la morale universelle et la philosophie de la commune.

D. — LA MORALE UNIVERSELLE DE L'ORDRE SOCIAL INDIVIDUALISTE (Esquieu).

L'arrêt Esquieu, précité, paraît poser le problème des écoles mixtes.

Hauriou remarque d'emblée que cet arrêt « soulève trois questions dont l'une intéresse la pédagogie, l'autre la morale et la troisième l'interprétation de la loi ».

Manifestement cette note s'intéressera surtout aux deux premières questions en minimisant la troisième qui est pourtant la seule proprement juridique.

Il commence par traiter de la question pédagogique. Hauriou comprend que, d'un point de vue pédagogique, il soit tentant de mettre tous les grands, garçons et filles, dans la même classe, et tous les petits, garçons et filles, dans la même. « Ainsi la tâche sera moins lourde pour les maîtres et le profit plus grand pour les élèves. Ce sera tout bénéfice pour l'enseignement ». Tout en se demandant quelles sont les exigences d'une certaine pédagogie, l'auteur, finalement, n'élève pas d'objection.

Mais l'objection naît sur le plan moral : « Le freudisme dont il convient d'éviter les excès, mais qui repose sur un fond d'expérience scientifique, est venu confirmer les principes traditionnels en montrant que l'éveil des sens dans le subconscient précède de beaucoup les perceptions conscientes ». C'est d'ailleurs à ce propos que le Doyen de Toulouse supposait collée l'étiquette « danger d'explosion » sur tout enfant d'âge scolaire.

Oserait-on déplacer la question de la morale sur le plan des mœurs en affirmant que celles-ci auraient changé ? Hauriou répond : « *La morale, elle, ne change pas. Et c'est pourquoi il est inutile d'invoquer par comparaison les mœurs de tel ou tel pays étranger ; il ne s'agit*

pas de mœurs comparées mais de la morale à laquelle nous devons notre civilisation » (note précitée).

Voilà donc ce qui intéressait Hauriou dans cet arrêt Esquieu : *Remonter aux principes de l'ordre social individualiste qui eux ne changeront jamais*. Il en est bien convaincu puisqu'il écrit : « On est revenu, je pense, de l'erreur positiviste sur la disparition progressive et fatale des religions et des morales religieuses. » Selon lui, du fait même de la guerre de 1914, des populations auparavant passives pourront être devenues plus susceptibles et dès lors le Conseil d'Etat a bien fait de « ne pas rallumer un brandon de discorde » et de n'avoir pas autorisé les écoles mixtes.

Mais Hauriou critique l'arrêt pourtant favorable à ses préférences car il ne comporterait aucune des préoccupations de moralité qu'il invoque, tous les considérants visant un détournement de pouvoir qui avait consisté à interpréter dans un but de pédagogie les textes qui doivent être interprétés uniquement par une pensée d'économie.

Ainsi donc on aperçoit tout le saut intellectuel qu'a fait notre auteur d'un détournement de pouvoir relatif à des problèmes pédagogiques aux principes fondamentaux de l'ordre social de la civilisation sédentaire.

E. — L'ORDRE SOCIAL ET LA PHILOSOPHIE DES INTÉRÊTS LOCAUX (Merlin).

Il s'agissait dans l'affaire Merlin (71) de recours de contribuable en décharge d'une contribution établie en vertu d'une délibération illégale.

Hauriou examine d'abord avec minutie les conditions dans lesquelles les contribuables peuvent se servir utilement du recours en matière de contributions directes contre les décisions des Conseils municipaux. Il reconnaît ensuite que des objections graves peuvent être faites au recours du contribuable : « On ne saurait admettre que le juge administratif s'immisce dans la gestion des assemblées élues au nom des intérêts communs. Au nom des intérêts personnels oui, car le droit de l'individu est sacré, mais au nom des intérêts communs, non, car alors il n'y aurait plus de décentralisation » (note sous arrêt Merlin, précité).

Hauriou cherche à faire tomber sa propre objection en opérant un mouvement tournant. Il est clair que les intérêts communs appartiennent au suffrage universel et relèvent de lui seul, « c'est à lui à faire dans ce domaine sa propre police ». *Si le suffrage universel a reconnu les bienfaits de la décentralisation, si, d'autre part, il permet d'exercer démocratiquement la gestion des affaires locales, le Conseil d'Etat n'a pas à s'immiscer dans ces intérêts communs déjà représentés*. Mais il est possible de faire tomber l'objection « en montrant que l'intérêt du contribuable n'est pas un intérêt commun à tous les membres de

(71) C.E. 29 juin 1900, S. 1900, III, p. 65 ; notes d'arrêts, II, p. 23.

la circonscription, qu'il est au contraire un intérêt personnel » (note précitée).

Quels sont les intérêts communs que les conseils municipaux sont appelés à gérer ? « *Cette question est grave, elle touche aux plus hauts problèmes de la politique* ».

A ce niveau d'analyse, Hauriou donne libre cours à ses réflexions générales : Il estime que la véritable notion d'organisations administratives est compromise. Ces organisations lui paraissent essentiellement politiques. Selon lui, si l'on considère que la gestion des intérêts économiques, la gestion des finances sont la grande affaire administrative, les intérêts des administrés revêteraient surtout la qualité de contribuable et les intérêts du contribuable seraient au premier rang parmi les intérêts communs.

Or, le Maître de Toulouse estime au contraire que les circonscriptions administratives sont essentiellement des organisations politiques car « le fait politique essentiel consiste pour les hommes en ceci, être ensemble... Nous ajoutons que le fait politique primordial, la vie en commun, est réalisé par l'emploi du pouvoir » (note précitée). Sans doute le Doyen Hauriou sait-il que vie économique et vie politique sont étroitement combinées, mais il affirme que, à l'instar du monde antique, la question « Comment nous arrangerons-nous pour vivre ensemble ? » primera toujours cette autre question « Comment nous arrangerons-nous pour travailler ensemble ? ». Autrement dit, la politique primera toujours l'économie. Il en donne deux raisons :

— d'une part, le travail n'est pas naturel à l'homme et donc sa principale préoccupation ne saurait être la collaboration économique mais l'organisation du repos de la vie;

— d'autre part, les préoccupations de subsistance immédiates sont écartées par la société avec les approvisionnements, les avances et le capital.

En conséquence de cette philosophie générale, la principale qualité de l'homme membre d'une collectivité locale ou de l'Etat, c'est la qualité d'habitant qui est le seul intérêt commun. La qualité de contribuable et ses intérêts ne sont plus au rang des intérêts communs. L'objection tirée de l'omnipotence d'un suffrage universel que le Conseil d'Etat ne doit pas pouvoir contrarier, tombe dès lors définitivement puisque le contribuable, avec son intérêt particulier et personnel, n'est pas le citoyen ou l'habitant avec leurs intérêts généraux. Le recours du contribuable devient donc recevable.

Quoi qu'on puisse penser de cette analyse — qui, dans le corps de la pensée d'Hauriou, est très cohérente — il faut avouer qu'il y a loin de ce simple recours de contribuable en décharge d'une contribution établie en vertu d'une délibération illégale, à la philosophie générale de la commune et de l'ordre social individualiste.

Ici encore les inductions apparaissent très remarquables. On vérifiera également cette assertion dans les développements relatifs aux théories de la responsabilité (§ 2) et du domaine public (§ 3).

PARAGRAPHE 2

La théorie de la responsabilité.

Dans les deux notes sous les arrêts Lepreux et Zimmermann, Hauriou construit également des théories globales à partir d'espèces très particulières.

A. — *Dans la note sous l'arrêt Lepreux, précitée*, Maurice Hauriou nous livre une théorie générale de la responsabilité. Mais de quoi s'agissait-il en l'espèce ? D'un accident de tir dans une fête publique, de la mise en cause de la responsabilité de l'administration en matière de police.

Hauriou, dans les premiers développements de sa note, affirme : « Notre décision Lepreux est une bonne occasion d'examen. Si le Conseil d'Etat avait eu une théorie ferme, celle même qui se dégage de l'ensemble de sa jurisprudence, sa décision actuelle eût été autre ; bien qu'il s'agit d'une matière de police, il eût admis la responsabilité de l'Etat » (note précitée). C'est ainsi qu'il est amené à distinguer deux théories superposées : celle du principe de la responsabilité et celle du moyen par lequel elle se réalise.

On se contentera de rappeler ici très brièvement ces deux théories.

1. — *Le principe.*

Le principe de la responsabilité de l'Etat à raison de la faute de ses agents lui paraît ne pas devoir s'adosser au droit civil puisque la vie civile met en présence des individualités isolées, la vie administrative mettant en contact au contraire des collectivités. Hauriou fait reposer la responsabilité de l'administration sur le principe nouveau de la gestion (la gestion administrative date, en effet, de 1899) (72).

— La gestion des services publics est une entreprise coopérative.

— La preuve que les services publics s'exécutent grâce à des collaborations obtenues par la puissance publique, c'est qu'elles s'exécutent à prix d'argent.

— Mais toutes les collaborations que reçoit la puissance publique dans l'exécution des services publics ne sont pas rémunérées : il en est une gratuite qui est fournie à l'occasion de chaque service exécuté de la part du public des administrés *et qui est sa bonne volonté* (73).

(72) On sait que Maurice Hauriou avait été en 1892 très tenté par une conception civiliste de la responsabilité administrative. Mais il l'abandonne précisément en 1900 à la suite de son ouvrage sur la gestion administrative et de cette note sous l'arrêt Lepreux. Sur ces points voir première partie, chapitre II, section III.

(73) « Lorsque le Sultan du Maroc a la tête de ses troupes va tous les ans lever les impôts sur les tribus rebelles, c'est peut-être de l'administration qu'il fait, à coup sûr ce n'est pas de l'administration régulière. Ainsi l'administration

Donc la gestion lui paraît être le principe de la responsabilité de l'Etat.

2. — *Les moyens.*

Quels en sont les moyens ? C'est alors qu'il expose sa conception de la théorie du risque fondée selon lui sur la grande entreprise et sa non-conformité avec le droit de la faute liée aux petits entreprises du *pater familias* (74). Hauriou y consacre de très nouveaux développements et ce n'est qu'en fin de note, comme à regret, que dans un paragraphe 3, il se dispose à « maintenant aborder notre décision Lepreux. Nous avons une théorie précise, tirée de la jurisprudence administrative elle-même qui nous permet de l'apprécier.

Nous savons :

— que l'obligation d'indemnité existe en principe à la charge de l'administration dans toute situation de gestion, c'est-à-dire toutes les fois qu'il y a exécution d'un service public,

— que cette obligation d'indemnité se réalise toutes les fois que dans l'exécution du service, il se produit un accident administratif ».

Il examine donc les faits de la cause à la lumière de ces deux règles fondamentales et la résout dans le sens que nous avons déjà indiqué. Ici encore on retrouve la montée dans le ciel des idées et la descente finale sur la terre des hommes...

La note sous l'arrêt Zimmermann est encore plus caractéristique.

B. — *Dans l'espèce Zimmermann*, précitée, il s'agissait, on l'a vu, de l'exécution hâtive d'une mesure administrative engageant la responsabilité de l'Administration, la prérogative d'exécution s'avérant aux risques et périls de l'administration dont les mesures abusives constituent finalement des abus de droit.

Hauriou remarque immédiatement que « notre arrêt a été jusqu'ici signalé plutôt qu'analysé à fond ». Pour le recueil des arrêts du Conseil d'Etat, la rubrique portait « Responsabilité de l'Etat du fait de ses agents »; dans « l'Année administrative » un certain Roger l'a caractérisé comme « relatif à une faute dans l'exercice de la puissance publique ». Enfin Romieu, dans ses conclusions, parlait de « faute ou de vice du service public ».

Hauriou ramène magistralement les faits de l'espèce à deux théories :

— celle de l'exercice des droits aux risques et périls de l'administration,

— celle de l'abus de droit.

collabore au service public par sa bonne volonté qui assure la régularité du service » (note précitée).

(74) Ce problème a déjà été exposé, chapitre I, section I, de cette même partie. Il est donc inutile de nous répéter.

1. — En faisant enlever une clôture par ses agents, le Préfet prétendait avoir usé du droit d'exécution préalable que lui conférait l'article 49 de la loi du 22 juillet 1889 puisque les arrêtés des conseils de préfecture étaient exécutoires nonobstant appel; mais il existait une contrepartie, l'exécution se faisait aux risques et périls de l'administration. C'est la contrepartie du privilège du fait accompli en ce sens que c'est contre elle que doivent être formés les recours contentieux dans un délai très bref; *a fortiori* si l'administration passe au fait d'exécution, fait accompli par excellence. Il faut donc une contrepartie.

De plus Hauriou rappelle les voies d'exécution suivies des droits primitifs qui permettaient aux particuliers de régler leurs problèmes sans passer par le juge. Procédé périlleux s'il en était puisque s'il était démontré après coup qu'elles avaient été mises en mouvement sans droit, l'imprudent était condamné à une peine civile. Ce qui permet à notre auteur de rappeler la fonction du juge qui est non pas de trancher les conflits déjà nés, mais d'empêcher les conflits de naître en intervenant dans l'exercice des droits pour vérifier leur bien-fondé, pour éviter qu'ils ne soient exercés à tort et que leur exercice n'engendre de nouvelles querelles. *Il faut donc sanctionner a fortiori les agissements de la personnalité administrative qui, de par ses prérogatives, peut échapper momentanément au contrôle du juge et engendrer ces nouvelles querelles.*

Enfin pratiquement les conséquences d'une exécution trop rapide peuvent être très graves et Hauriou le montre en rappelant l'histoire de la législation et de la jurisprudence relative aux édifices menaçant ruine qui prouve que les communes condamnées chaque fois à de lourdes indemnités n'avaient pas intérêt à utiliser la prérogative de l'exécution préalable. Le résultat en fut que la loi du 21 juin 1898 sur la police rurale en ses articles 5 et 6 remania toute cette matière de la démolition des édifices menaçant ruine. Deux procédures furent organisées, l'une pour le cas de péril imminent, l'autre pour le cas de péril non imminent présentant toutes deux ceci de commun que l'arrêté du maire prescrivant la démolition est appuyé sur des rapports d'experts *nommés par le juge* ou même remplacé par une décision du juge. Ainsi apparaissent infiniment liés la prérogative du préalable et la contrepartie des risques et périls : *seule la disparition du premier élément peut entraîner celle du second.*

2. — En second lieu, Hauriou montre que dans cette affaire il existait tout un ensemble de mesures abusives. « Il n'est que trop certain que cette succession de procès n'a été engendrée que pour arriver à l'incorporation dans le domaine public d'une sablière » (note précitée). Cela lui donne l'occasion de faire une vaste comparaison avec la jurisprudence civile sur l'abus du droit et de proposer enfin sa théorie personnelle déjà analysée (75). On sait déjà qu'il entendait

(75) Voir chapitre I, section I, de cette même partie.

réserver la théorie de l'abus de droit au fait d'exécution, réservant la théorie du détournement de pouvoir à la décision exécutoire, admettant donc la coexistence de ces théories voisines.

Si l'on rapproche l'enlèvement abusif de la clôture et les deux remarquables contributions d'Hauriou à la théorie de la responsabilité de l'administration, on ne peut manquer d'être séduit par les remarquables inductions de l'auteur qui crée en particulier une théorie de l'abus de droit proprement administrative en remontant aux idées de Planiol, Saleilles, Duguit et Ihering (76).

On constatera la même remarquable intuition mise au service d'inductions dans la théorie du domaine public.

PARAGRAPHE 3

Le domaine public.

On peut en donner ici trois exemples caractéristiques.

- Le droit de propriété des communes sur l'herbe des accotements des chemins vicinaux (A).
- Les droits réels administratifs (B)
- Les mutations domaniales (C).

A. — *Le premier problème qui paraît bien, à première vue, minuscule* a été évoqué dans la note sous l'arrêt Jacquemin (77). Il lui donne l'occasion de remonter à la théorie générale du domaine public, propriété administrative.

Le problème qui se posait était le suivant : A défaut d'une délibération du Conseil municipal donnant à bail le droit de récolter les herbes, appartenait-il au maire de déterminer conformément à l'usage local les conditions de la jouissance en nature dont bénéficient les habitants ?

Hauriou examine d'abord minutieusement les textes pour écarter bientôt toute exégèse. Le seul point intéressant pour la doctrine est de savoir si la propriété du chemin est aussi à la commune ; si donc la propriété de l'herbe implique la propriété du chemin. Comme le chemin vicinal est une dépendance du domaine public, c'est toute la question à débattre de savoir si les dépendances du domaine public sont objets de propriété qui se trouve posée ici (note précitée). *On constate immédiatement que l'auteur a volontairement déplacé le problème pour le rendre plus intéressant.*

Il rappelle la théorie de Berthélemy qui soutient que le domaine public n'est pas pour les administrations publiques une propriété grevée d'affectation et fait une distinction entre les accessoires du domai-

(76) Voir note précédente.

(77) C.E. 24 février 1911, S. 1912, III, p. 73 ; notes d'arrêts, III, p. 206.

ne public et le domaine public lui-même, le droit de propriété se concevant pas pour le domaine lui-même.

Hauriou se demande alors s'il faut expliquer l'arrêt — lequel reconnaissait au maire le droit de donner à bail la récolte des herbes — par la théorie de la propriété des accessoires du domaine public, ou bien s'il faut l'expliquer par la théorie de la propriété du domaine public lui-même.

Il préfère nettement la théorie de la propriété et ceci pour deux raisons.

— *D'une part*, l'accessoire suit le principal et, par conséquent, la théorie de Berthélemy est absurde puisque supposant un régime différent pour le principal et pour l'accessoire.

— *D'autre part*, prétendre que la commune est propriétaire non du chemin mais seulement de l'herbe, n'est pas observer la réalité. En effet, elle ne bénéficie pas par elle-même de cette herbe qui serait sa seule propriété. Ce sont les habitants qui en jouissent. Il serait plus logique alors de dire que l'herbe est *res communis*. On comprendrait à la rigueur la théorie de la propriété sur l'herbe si l'herbe était vendue au profit de la caisse municipale. Or il n'en était rien.

Au contraire « si la commune est propriétaire du chemin en même temps que de l'herbe, les choses changent d'aspect; la propriété de la commune conserve une utilité » (note précitée). La propriété du chemin permet à la commune de garantir aux habitants la jouissance de l'herbe.

Il est inutile d'aller plus avant : On a pu constater aisément comment Hauriou a dépassé la question minuscule qui lui était posée et, déplaçant volontairement le problème initial, a permis de résoudre ce même problème initial.

B. — LES DROITS RÉELS ADMINISTRATIFS.

L'espèce qui a permis à Hauriou de construire pour la première fois sa théorie des droits réels administratifs opposait l'Etat aux Chemins de fer d'Orléans (78). L'Etat ne voulait pas rembourser à la compagnie des chemins de fer d'Orléans, concessionnaire, les dépenses occasionnées par l'élagage et le débroussaillage nécessités par l'établissement de lignes télégraphiques de l'Etat. Hauriou estime que l'arrêt est intéressant car il pose très généralement le problème des droits des concessionnaires sur le domaine public.

La formule courante était que les concessionnaires ou permissionnaires du domaine n'avaient sur la dépendance domaniale qu'un droit de possession précaire et révocable, qu'ils n'avaient aucun droit réel au démembrement de la propriété.

Mais cinquante ans après, le problème ne paraît pas se poser de la même façon au Maître de Toulouse. Le problème n'est plus de recon-

(78) C.E. 25 mai 1906, S. 1908, III, p. 65 ; notes d'arrêts, III, p. 270.

naître au profit des compagnies de chemin de fer et autres concessionnaires du domaine public des droits réels du droit civil susceptibles de procurer toutes les utilités ordinaires du droit civil (par exemple le droit d'hypothéquer), « il s'agit de savoir si l'on ne reconnaîtra pas au profit des concessionnaires un droit réel de nature spécialement administrative, révocable et donc compatible avec l'inaliénabilité, mais susceptible de produire un certain nombre de garanties... » (note précitée). Il n'est pas utile d'exposer à nouveau cette théorie des droits réels administratifs : il suffisait de montrer à partir de quelle « tête d'épingle » elle s'était élaborée.

Il en est d'ailleurs exactement de même de la note sous l'affaire Mure (79) où le Doyen Hauriou navigue dans les hautes mers de la conciliation inévitable du droit subjectif et du droit objectif par certaines notions du droit administratif. En l'espèce le droit réel administratif concilierait le droit objectif de l'administration et le droit subjectif du concessionnaire.

C. — LES MUTATIONS DOMANIALES.

Il s'agissait dans l'espèce Ville de Paris contre Chemins de fer d'Orléans (80) de parcelles de voies publiques de Paris incorporées à la voie ferrée sans classement préalable.

Hauriou estime que « cet arrêt sera excellent pour faire ressortir l'inconvénient des théories du domaine public dites objectives » (note précitée).

Selon les objectivistes, Duguit à leur tête, le domaine existe objectivement par son affectation; celle-ci s'établissant sur la plus large base possible, sur le public et l'utilité publique; il n'y a donc plus qu'une seule masse de biens du domaine public car il n'y a qu'un seul public; il n'est donc presque plus besoin de distinguer un domaine de l'Etat, un domaine départemental et un domaine communal. Sans doute « M. Duguit qui l'a déchaînée (cette poussée du droit objectif) ne va pas jusqu'aux ultimes conséquences... et fait des réserves; il reconnaît que sur le terrain pratique, il y a des difficultés... *Il est rare que la réalité se prête à des affirmations tranchantes car elle est infiniment complexe* ». Hauriou examine alors ce qu'il appelle « la question dans son ensemble » et dégage une règle fondamentale : les données de la personnalité juridique, des droits subjectifs, de la propriété, de la responsabilité, etc., *sont de mise toutes les fois qu'il s'agit de régler des relations avec autrui*, c'est-à-dire des relations dans lesquelles il y a deux ou plusieurs parties en présence; *au contraire, les données subjectives devaient être écartées chaque fois qu'il s'agit de régler des situations d'organisation intérieure de l'Etat qui ne supposent pas des relations avec autrui*. Ainsi le contentieux de l'annulation est objectif puisqu'il ne met en jeu que des actes administratifs où les

(79) C.E. 7 février 1913, S. 1913, III, p. 81 ; notes d'arrêts, III, p. 281.

(80) C.E. 16 juillet 1909, S. 1909, III, p. 97 ; notes d'arrêts, III, p. 211.

personnes morales n'apparaissent pas; le contentieux de pleine juridiction sera subjectif parce que dans ce cas administré et administration sont collaborateurs sur un même pied et donc parties en cause.

Après ces larges développements, notre auteur entend appliquer au cas particulier ces idées générales. Les juges ayant débouté la Ville de Paris requérante, avec l'idée implicite que le domaine public constituait une seule masse, Hauriou estime que cette théorie soutenable à la rigueur dans une théorie générale de l'Etat ou dans des théories constitutionnelles n'a pas de mise en droit administratif puisque les personnalités juridiques sont différentes et plaident les unes contre les autres (81).

Ainsi ce dernier exemple vient confirmer tous les précédents : La montée aux idées générales ne sert pas à la pure dilection de l'auteur, elle sert d'instrument dans les difficultés quotidiennes de la vie administrative et du contentieux. Il est clair que l'intuition de l'auteur explique seule ces remarquables dépassements de la surface des faits et cette pénétration intime de leur sens caché.

Il semble que le Doyen Hauriou ressemble à ce philosophe de la caverne de Platon qui expliquait sans cesse aux mortels effrayés par le jeu en apparence désordonné des ombres, que celles-ci n'étaient qu'un reflet, le reflet d'une autre réalité plus profonde et qui les rendait toutes cohérentes.

(81) Une remarque : C'est le seul cas où Hauriou très consciemment rompt la continuité entre le droit constitutionnel et le droit administratif. C'est l'exception qui confirme la règle.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

Il est très logique que le terrain d'élection de l'intuition ait été trouvé dans les notes d'arrêts plus que dans les ouvrages plus synthétiques. Le genre de la note d'arrêt s'y prêtait admirablement. Qu'est-ce qu'une intuition ? *C'est un risque* (82). Il est clair qu'il vaut mieux prendre des risques dans de simples notes qu'il est très facile de contredire. De plus, l'intuition naît plus facilement du mouvement de la vie elle-même que de la systématisation statique et quelquefois stérilisante. *Ces raisons expliquent le fort coefficient de corrélation entre les notes d'arrêts et les intuitions d'Hauriou, alors que le système d'interprétation avait été dégagé de l'ensemble de son œuvre.*

L'intuition d'Hauriou s'est manifestée, on l'a vu, de trois façons :

- dans les visions détachées de toute réalité environnante;
- dans les pressentiments qui annonçaient quelquefois à court terme, quelquefois à long terme, des évolutions futures de la jurisprudence et des réalités sociales;
- dans les inductions, où en dehors de toute notion de temps, l'intuition lui permettait d'aller au delà des faits apparents pour pénétrer plus avant dans l'intimité et le mouvement de la vie administrative et sociale.

(82) Un peu comme le pari de Pascal ; il y a un aspect mystique dans toute intuition et comme une prière.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

En dépit de l'importance de l'intuition, c'est bien la cohérence du système d'interprétation qui prédomine nettement dans l'œuvre d'Hauriou. Mais ici il convient de répondre à une objection éventuelle : *Peut-on parler de cohérence quand on a montré le pluralisme de méthodes ?* Ce pluralisme de méthodes ne conduit-il pas dans les contenus à un assemblage hétéroclite de concepts ? Hauriou, dans cette perspective, n'apparaît-il pas comme un « bricoleur » ?

Cette objection ne serait pas fondée.

D'une part, on a déjà aperçu en première partie l'idée que le droit administratif était marqué *par la dialectique de la puissance publique et de ses autolimitations objectives*. Idée unitaire et vivante à la fois, elle rend compte de l'essentiel du droit administratif moderne.

D'autre part, cette deuxième partie a tenté de montrer que le pluralisme des méthodes était lié à une Weltanschoung pluraliste, à une vision du monde nuancée et équilibrée, seul instrument possible de la réalisation de la paix sociale. Ceci explique le goût du Doyen Hauriou pour les thèses médianes qui affleurent tout au long de son œuvre. La thèse médiane des thèses médianes, la thèse médiane par excellence se définissant par la dualité inévitable du droit administratif.

Tout change, on l'a vu, selon qu'il s'agit des rapports entre l'administration et les tiers marqués par l'idée de collaboration engendrant des droits et obligations réciproques et source du contentieux de pleine juridiction *ou de l'administration prise dans son organisation objective*, chaque fois qu'il s'agit de régler des situations d'organisation intérieure de l'Etat qui ne supposent pas des relations avec autrui, c'est-à-dire à propos desquelles les organes intéressés ne peuvent pas être opposés l'un à l'autre comme des parties, source du contentieux de l'annulation.

Cette idée est encore très synthétique et réfute le reproche d'absence de cohérence.

Hauriou eût d'ailleurs revendiqué l'hétérogénéité des méthodes, échos d'un certain pluralisme de la vie sociale.

Enfin le reproche de « bricolage » tombe tout à fait si l'on songe que le pluralisme était le seul moyen de fonder l'autonomie du droit

administratif. Un moniste ne peut approuver que l'on applique des règles différentes aux agents publics et aux personnes privées. Duguit n'acceptait pas l'idée d'un droit administratif autonome car il n'acceptait pas que l'administration soit jugée par des principes différents de ceux applicables aux simples particuliers. Au contraire le pluralisme d'Hauriou lui permettait de comprendre que les nécessités spéciales de la vie administrative pouvaient engendrer la formation d'un droit spécial à l'administration et autonome : le droit administratif. Le pluralisme, loin d'être entaché d'incohérence fonde au contraire solidement l'autonomie du droit administratif (83).

Mais il faut reconnaître qu'en *apparence* les analyses d'Hauriou sont souvent peu cohérentes, le foisonnement de la pensée fait songer à la prolifération de la végétation tropicale et son abord est difficile. Seuls de très grands efforts peuvent permettre de pénétrer intimement dans son œuvre.

Cette difficulté explique les incertitudes des différents problèmes relatifs à son influence qui feront l'objet d'une troisième partie.

(83) Ce point a déjà été mis en lumière dans l'introduction mais il était indispensable de le répéter ici. Sur ce point fondamental, article Waline précité, p. 57.

« Cette influence apparaît surtout aujourd'hui comme une contribution à la formation d'un patrimoine d'idées, elle est fréquemment en effet une participation à une œuvre commune. »

(M. de Laubadère à propos de Duguit, Congrès Duguit, précité, p. 179.)

TROISIEME PARTIE

LA DIFFUSION DE LA PENSÉE ADMINISTRATIVE D'HAURIU

Il faut tout d'abord préciser les limites à apporter aux développements de cette partie. Nous entendons exposer la diffusion de la pensée administrative d'Hauriou dans le cadre général de nos préoccupations auquel correspond le titre de cet ouvrage : « La contribution de Maurice Hauriou au droit administratif français. »

Ceci méritait d'être précisé : En effet, la pensée administrative d'Hauriou, inséparable de sa démarche intellectuelle a fécondé de nombreux travaux dans des disciplines très différentes telles que le droit privé ou le droit fiscal.

Ainsi, en droit privé, le Doyen Maury nous a signalé, dans sa lettre précitée, toute l'influence que le Doyen de Toulouse avait pu exercer et exerce encore sur un grand nombre de spécialistes de droit privé. Il cite, à titre d'exemple, les thèses de M. Despax (1) sur « L'entreprise et le droit », de M. Roujou de Boubée (2) intitulée « Essai sur l'acte juridique

(1) Toulouse, 1957.

(2) Toulouse, 1961.

collectif » ou encore son propre cours de 1936 à l'Académie de droit international. D'autres exemples pourraient d'ailleurs être évoqués : L'article de M. le Professeur Brèthe de la Gressaye sur « L'institution » au Répertoire Dalloz de droit civil (3) ou certains développements de MM. les Professeurs Marty et Raynaud dans le Tome I de leur *Traité de droit civil*.

De longs développements (peut-être une thèse) pourraient être consacrés à cette influence d'Hauriou sur le droit privé : De telles analyses dépassent incontestablement le champ de nos travaux qui entendent se limiter à la contribution de Maurice Hauriou au droit administratif, matière déjà très riche et abondante.

Le même problème se pose en ce qui concerne l'influence de la pensée du Doyen de Toulouse sur le droit fiscal ou tout au moins sur un de ces spécialistes les plus éminents, M. le Doyen Trotabas. Dans la lettre très aimable qu'il a bien voulu nous envoyer (4), celui-ci nous a précisé que le Doyen Hauriou avait exercé sur sa pensée une influence prépondérante à tel point que le professeur chargé de la conférence d'agrégation le croyait jadis d'origine toulousaine...

Et de fait si on lit les différents ouvrages de M. le Doyen Trotabas, on décele très facilement les lignes maîtresses de cette influence. Un exemple particulièrement typique en est fourni par la contribution du Doyen Trotabas aux *Mélanges Maurice Hauriou*. Dans un article intitulé : « La nature juridique du contentieux fiscal en droit français », M. Trotabas cite très fréquemment Hauriou et utilise sa pensée (5).

1) Le Doyen Trotabas qui a sans cesse insisté sur l'autonomie du droit fiscal avoue d'abord franchement la filiation de sa pensée dans ces lignes révélatrices : « De même que le droit administratif dans la doctrine du Doyen Hauriou s'analyse essentiellement en un exercice de droits et se construit autour du pouvoir administratif, doué d'autonomie et doté de privilèges, mais soumis à la légalité et à la moralité administrative, de même le droit fiscal doit se construire autour de l'idée toute voisine de pouvoir fiscal (ou si l'on préfère de pouvoir administratif s'exerçant en matière fiscale). Les problèmes de droit fiscal ne se présentent pas comme la mesure des droits subjectifs des contribuables, mais bien comme un exercice des droits du fisc » (6).

Ainsi, aux yeux de M. Trotabas, le fisc comme l'administration tout entière est doué d'autonomie et de privilèges, mais il est également soumis au respect d'une légalité et d'une moralité dont le contribuable comme l'administré peut se prévaloir. On peut donc affirmer que la conception générale que cet auteur se fait du droit fiscal est née de la conception que se faisait Hauriou du droit administratif.

(3) Tome II, p. 10710.

(4) Lettre du 22 janvier 1963.

(5) *Mélanges Hauriou*, p. 711.

(6) P. 713.

2) De plus, l'analyse du contentieux fiscal est, selon cet auteur, grandement facilitée par les études du Doyen Hauriou sur le contentieux administratif. Et M. Trotabas cite et utilise longuement « Les éléments du contentieux », précité, avec la distinction fondamentale des deux ordres du contentieux, le contentieux objectif et le contentieux subjectif (3).

3) Enfin, en ce qui concerne le problème fondamental du contrôle du pouvoir fiscal, M. Trotabas insiste sur le caractère décisif de l'analyse d'Hauriou relative au pouvoir discrétionnaire de l'administration.

En effet, deux conceptions différentes du pouvoir discrétionnaire se dégageaient à l'époque (en 1936) des théories du droit public français :

— une conception rigide qui tend à définir le pouvoir discrétionnaire par l'absence de contrôle juridictionnel;

— une conception plus souple qui permet de soumettre, au moins partiellement, l'exercice de ce pouvoir au contrôle du juge.

La première conception fut celle de Léon Michoud (10).

Le seconde se dégage de l'œuvre d'Hauriou (11).

Or, selon M. Trotabas, c'est la conception du Doyen Hauriou qui permet le mieux d'éclairer les problèmes issus du contrôle du juge en matière fiscale. M. Trotabas rappelle que Maurice Hauriou voit dans la conduite du juge le signe d'un recours qui allie au pouvoir proprement contentieux du juge les pouvoirs de police juridique d'un administrateur supérieur..., mélange de juridiction et de pouvoir discrétionnaire » (12).

Le Doyen Trotabas transpose alors cette analyse en droit fiscal : il estime que le contentieux fiscal tout entier présente ces mêmes caractères. « Le juge fiscal jugeant à la fois en droit et en fait va jusqu'au fond des choses; sur un terrain où il s'agit de l'exercice de droits de puissance publique, de pouvoir discrétionnaire, il peut, par le truchement d'un contentieux de pleine juridiction..., substituer sa propre appréciation à celle du fisc... Le retour aux juridictions financières de l'ancien régime et le système de l'administration par le juge souhaités par M. Hauriou ne sont-ils pas, au moins partiellement un fait accompli ? » (13).

Nous n'avons voulu donner cet exemple d'influence du Doyen de Toulouse sur M. Trotabas qu'à titre indicatif. Une étude sérieuse et beaucoup plus approfondie mériterait d'être élaborée à travers tous les ouvrages de ce disciple.

Mais une telle étude dépasserait certainement le cadre de nos recherches. La seule contribution de la pensée d'Hauriou au droit

(9) *Mélanges Hauriou*, p. 719.

(10) « Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration », *Annales de l'Université de Grenoble*, t. XXV, n° 3, 1913, et t. XXVI, n° 1.

(11) HAURIOU, « Précis de droit administratif », 11^e édition, p. 340.

(12) Hauriou, 11^e édition, pp. 384-385.

(13) *Mélanges Hauriou*, p. 758.

administratif constitue déjà une matière trop riche pour que nous puissions étudier dans ce même ouvrage ses contributions à d'autres disciplines, ces disciplines seraient-elles nourries par la pensée administrative du maître.

Cette troisième partie étant ainsi délimitée, il convient d'aborder l'étude de la diffusion de la pensée administrative d'Hauriou en prenant conscience des grandes difficultés qui nous attendent.

Étudier la diffusion de la pensée d'un auteur vivant est déjà difficile. Sans doute, peut-on lui demander audience, demander audience à ses disciples et comparer les propos, articles et ouvrages des fils spirituels et du maître. Mais on n'échappe pas, même dans ce cas, à de grandes difficultés tenant à ce que tout disciple, même le mieux intentionné dans le respect filial qu'il a pour l'œuvre du maître, a tendance à infléchir celle-ci avec sa personnalité et ses préoccupations propres. Le chercheur devra donc minutieusement doser les écarts de pensée entre le maître et les disciples.

Mais l'étude de l'influence d'un auteur depuis longtemps disparu, comme d'ailleurs certains de ses disciples, pose des problèmes de méthode beaucoup plus difficiles, surtout quand cet auteur s'appelle Maurice Hauriou. Il nous est impossible par exemple de demander à Achille Mestre quelle fut l'influence exacte d'Hauriou non seulement sur le contenu de sa propre pensée administrative, mais sur la démarche intellectuelle que le disciple toulousain avait l'habitude d'emprunter. De même, il nous est impossible de demander à Maurice Hauriou s'il estimait que ses discussions nombreuses avec son ancien étudiant, collègue et ami Achille Mestre ne l'avaient pas quelquefois influencé. Achille Mestre n'a jamais écrit de Traité de droit administratif. Peut-être certaines de ses idées personnelles sont-elles contenues dans les ouvrages de Maurice Hauriou ? C'est douteux et on a tendance à répondre par la négative, compte tenu de la personnalité exceptionnelle de Maurice Hauriou qui donnait plus qu'il ne recevait. *C'est douteux mais on ne le saura jamais de façon certaine.*

Quant aux disciples vivants d'Hauriou, le problème qu'ils posent est aussi difficile encore que différent. Si l'on prend pour exemple M. Vedel, on s'aperçoit qu'il était trop jeune pour avoir bien connu Hauriou. Sans doute ses études toulousaines l'ont-elles imprégné de la pensée du savant Doyen. Mais l'absence de contact immédiat entre le maître et le disciple — entre « le communiquant » et « le communiqué » — ne fausse-t-elle pas les données des problèmes ?

Tous ceux qui lisent — aiment ou détestent — Maurice Hauriou ne l'ont jamais connu directement, mais indirectement par ses écrits. Auraient-ils la même attitude à l'égard de son œuvre s'ils avaient connu intimement l'auteur comme Achille Mestre ou M. André Hauriou ? Et M. André Hauriou lui-même, seul maître vivant à avoir approché intimement le Doyen de Toulouse et qu'il est donc très utile de consulter, est source d'une autre difficulté : aurait-il la même attitude à l'égard de l'œuvre du Doyen de Toulouse s'il n'était uni à lui par

un lien familial aussi étroit ? Tout se complique encore en raison de certaines caractéristiques de l'œuvre d'Hauriou : par moment obscur, en apparence quelquefois contradictoire, toujours évolutif, cet auteur se prête plus difficilement qu'un autre à la mesure de son influence.

D'ailleurs, ainsi que le note M. de Laubadère à propos de Duguit, peut-on vraiment parler de l'influence d'un auteur sur la doctrine ou sur la jurisprudence ? *Ne doit-on pas plutôt parler d'une contribution à un patrimoine commun ?* Dans cette perspective, la mesure de la diffusion de la pensée d'Hauriou est encore plus difficile car il faudra artificiellement (et donc faussement) la séparer du complexe des autres influences. Il sera très difficile d'y parvenir.

Cependant, cette observation de M. de Laubadère à propos de Duguit n'est peut-être pas entièrement transposable en ce qui concerne Hauriou. Duguit qui refusait de distinguer droit administratif et droit constitutionnel a finalement beaucoup plus contribué au développement du droit constitutionnel qu'au développement du droit administratif. Ainsi que l'a reconnu lui-même M. de Laubadère dans cette même contribution au Congrès Duguit, « il est rare aujourd'hui que ce soit à la théorie de Duguit que l'on se rallie en fin de compte purement et simplement ou même pour l'essentiel » (14). Par contre, nous tenterons de montrer que Maurice Hauriou qui a beaucoup plus puissamment contribué à l'essor du droit administratif français est plus facile à isoler dans ce patrimoine commun que Léon Duguit, dans la mesure où le plus souvent en droit positif ce sont ses thèses et non celles de Duguit qui l'ont finalement emporté.

Il n'en reste pas moins qu'en certains domaines — assez minoritaires il est vrai — l'influence d'Hauriou se combine avec celle de Duguit ou d'autres auteurs et la difficulté aperçue par M. de Laubadère demeure en partie.

Enfin, la diffusion de la pensée d'Hauriou dans la jurisprudence crée encore des difficultés. *La jurisprudence est muette, elle n'avouera jamais ou très rarement l'influence que tel auteur peut exercer sur elle.* Les membres du Conseil d'Etat aiment d'ailleurs à nier toute influence extérieure sur leur propre doctrine. De plus, « la jurisprudence ne fait-elle pas son métier qui est d'être instinctive » comme disait Hauriou et, en conséquence, de refuser ou de prétendre refuser tout appareil doctrinal ?

Les difficultés s'amoncellent donc et les amateurs d'analyses rigoureuses resteront probablement sur leur faim. Le plus souvent, on tentera de dégager des corrélations, des infiltrations, des liaisons ou des imprégnations. On ne parviendra que rarement à des exemples d'influence ou d'hostilité absolument rigoureux.

Il faut cependant distinguer à cet égard deux aspects fondamentaux de nos développements :

— L'étude de la diffusion de la pensée d'Hauriou dans la doctrine qui formera l'objet d'un chapitre 1^{er} nous permettra de dégager

(14) Congrès Duguit précité, p. 173.

en principe des cas d'influences ou d'hostilités comportant un minimum de netteté et d'évidence. Ceci est d'ailleurs logique dans la mesure où la doctrine tente de s'exprimer clairement.

— Par contre, l'étude de la diffusion de la pensée administrative d'Hauriou dans la jurisprudence risquera fort d'être très décevante car le juge dans ses arrêts et conclusions ne révèle pas les sources doctrinales de sa pensée.

Même si certaines conclusions de commissaires de gouvernement qui n'engagent d'ailleurs que leur auteur sont plus prolixes, on doit reconnaître que la discrétion du juge étant très grande, il sera très difficile de mesurer l'influence d'un auteur sur la jurisprudence. Ainsi le chapitre II de cette partie, consacré à la diffusion de la pensée administrative d'Hauriou dans la jurisprudence, risque-t-il d'apparaître très décevant. Encore faudra-t-il très précisément expliquer les raisons de cette déception.

Une remarque de méthode s'impose pour finir : La diffusion de la pensée d'Hauriou dans la doctrine ne pourra manifestement pas être étudiée sous un angle exclusivement doctrinal. Par exemple, lorsqu'il s'agira d'étudier la querelle du service public ou telle analyse sur le domaine public ratifiée par la quasi-unanimité de la doctrine ultérieure, il sera impossible d'éliminer la jurisprudence confirmative de cette unanimité. Mais la jurisprudence ne jouera dans ces développements du chapitre 1^{er} qu'un rôle très accessoire. *Elle ne servira qu'à conforter le raisonnement et les évolutions doctrinales.*

Par contre, dans le chapitre II consacré à la diffusion dans la jurisprudence, celle-ci nous intéressera seule et directement : Il s'agira de déterminer les cas très limités où, sans conteste, tel commissaire du gouvernement ou tel juge à l'occasion de tel arrêt, ont volontairement ou involontairement laissé prédominer la pensée administrative d'Hauriou. Chacun de ces deux chapitres conserve donc sa spécificité.

— « *Cet exemple d'une pensée rebelle à toute sclérose, toujours en quête du vrai, toujours en quête d'invention et de bouillonnement* » (15).

(M. Rivero)

— « *Ces images ... paraissent vraiment ne correspondre à aucune donnée sérieuse. Tout au plus favorisent-elles des cascades d'assertion (si l'on nous passe cette épithète) « époustouflantes* » (16).

(M. Eisenmann)

CHAPITRE PREMIER

LA DIFFUSION DE LA PENSÉE ADMINISTRATIVE DE MAURICE HAURIU DANS LA DOCTRINE

« Diffusion » est un terme commode qui permet de comprendre à la fois les influences et les sympathies et les hostilités et antipathies. L'œuvre d'Hauriou a suscité de nombreuses sympathies, a été l'origine de nombreuses créations intellectuelles de certains auteurs et même sur certains points s'est vu approuvée par la quasi-unanimité de la doctrine.

Mais l'œuvre d'Hauriou a rencontré des obstacles et les ennemis n'ont pas été moins utiles à la compréhension de sa pensée que les amis. Rien de tel quelquefois qu'un ennemi pour éclairer tel ou tel

(15) Rivero précité in *Mélanges Mestre*, p. 471. C'est une allusion à Mestre discipline d'Hauriou.

(16) EISENMANN, « Cours de droit administratif », (Doctorat) 1953-1954, p. 273.

aspect d'une théorie que les amis tendaient à oublier. *Les ennemis dérangent le confort intellectuel des amis.* Leur contribution à la connaissance de la pensée d'Hauriou n'est donc pas moins importante que celle des disciples.

On parle bien ici de connaissance de la pensée d'Hauriou. En effet, une pensée ne se connaît pas seulement par l'analyse de son contenu intrinsèque (1^{re} partie), par celle de la démarche intellectuelle habituellement empruntée (2^e partie) mais encore par les relations extérieures que cette pensée entretient avec les autres pensées (3^e partie et en particulier ce chapitre), la lecture des œuvres du Doyen Vedel ou de M. Rivero (les amis) comme la lecture de Duguit nous ont éclairés sur bien des aspects de l'œuvre de Maurice Hauriou. Une œuvre n'est pas seulement une chose inanimée susceptible d'être autopsiée et disséquée comme les choses inanimées. *Une œuvre est lue, commentée, recrée, repensée par d'autres.* L'œuvre du Doyen de Toulouse est donc à la fois figée et vivante (17).

Une remarque de méthode s'impose encore ici : Tous les auteurs — sans exception — citent Hauriou. Est-ce à dire que l'on étudiera systématiquement tous les cas où le Doyen de Toulouse a été cité et commenté, avec sympathie ou antipathie ? Il est bien certain que non : cette description serait fastidieuse et inutile. On réduira donc nos développements à quelques grands prolongements et débats essentiels. Toute autre méthode conduirait inévitablement nos analyses à la dispersion et à l'insignifiance.

Il y avait théoriquement deux façons d'exposer la diffusion de la pensée administrative d'Hauriou dans la doctrine :

- soit distinguer l'influence proprement dite avec les sympathies qu'elle a suscitées (section I) de l'hostilité qu'elle a pu engendrer (section II).

Ce premier système a pour inconvénient de permettre un recoupement très fréquent des matières analysées. En guise d'exemple, la décision exécutoire se retrouverait ainsi deux fois, de même que la moralité administrative ou la responsabilité;

- soit distinguer la diffusion de la pensée d'Hauriou en regroupant méthodiquement les matières par la distinction des théories générales colorant l'ensemble de l'œuvre (section I) et des théories particulières (section II).

Ce second système qui est moins dynamique que le premier a le mérite d'être plus clair et d'éviter ces recoupements fâcheux. C'est ce système d'exposé que nous avons finalement choisi.

On distinguera donc la diffusion des théories générales (section I) et des théories particulières (section II).

(17) Nous prenons ici « vivante » dans le sens de « repensée » par d'autres. Nous prendrons dans la conclusion de ce chapitre « vivante » dans une acception légèrement différente : Hauriou est aussi un auteur vivant en ce qu'en bien des matières de très nombreux auteurs et les solutions contemporaines du droit positif convergent dans le sens de ses analyses.

Cependant, deux auteurs échappent à cette classification. On ne peut pas fractionner la pensée administrative d'Achille Mestre et de M. André Hauriou en la subdivisant en deux sections. Ces deux auteurs sont les seuls à avoir connu Maurice Hauriou vivant. La très riche personnalité de celui-ci les a influencé de façon globale et immédiate, irréductible à tout autre type de diffusion; on étudiera donc dans une *section préliminaire* l'influence directe de Maurice Hauriou sur ces deux auteurs.

SECTION PRÉLIMINAIRE

L'UTILISATION DIRECTE DES ANALYSES DE MAURICE HAURIOU

Deux auteurs, Achille Mestre et M. André Hauriou, ont utilisé de façon très directe et immédiate les analyses d'Hauriou.

Celui-ci a exercé une influence caractéristique et évidente dans l'œuvre de Mestre qui sera étudiée en premier (§ 1). Certains développements de M. André Hauriou seront analysés ensuite (§ 2).

PARAGRAPHE 1

ACHILLE MESTRE

Il convient au préalable de faire une remarque.

La lecture de différents cours polycopiés d'Achille Mestre (1928-1929, 1929-1930, 1933-1934, 1934-1935, 1938-1939, 1941, 1943, 1944) de droit constitutionnel ou de droit administratif, ainsi que le dépouillement de notes d'arrêts ou d'articles ont permis de constater que plus qu'aucun autre — peut-être parce qu'il avait longtemps vécu dans son intimité — Achille Mestre est influencé par les analyses et même plus profondément par l'état d'esprit du Doyen Hauriou.

Certes, tous ceux qui ont approché ce professeur sont unanimes à louer la richesse de ses vues, la vie et même « la palpitation » de ses analyses, l'ingéniosité de ses développements et la lecture de ces différentes œuvres laisse une impression tout à fait analogue. Son originalité est incontestable. Très souvent, tout en utilisant telle ou telle analyse appartenant au Doyen de Toulouse, il l'agrémente d'un nouvel aperçu, il la combine avec une idée nouvelle, intelligente et ingénieuse.

Parmi d'autres, un exemple net d'originalité est révélé par sa note sous l'arrêt Gros (18). Hauriou avait donné pour base à la théorie des

(18) 22 mars 1929, S. 1929, III, p. 129.

mesures d'ordre intérieur l'existence d'une vie intérieure aux services publics. Cette base correspondait à une réalité certaine. Mais il en avait tiré quelques conséquences d'une logique douteuse. Mestre dans la note précitée se saisit du problème et fournit un critère précis et décisif (encore utilisé de nos jours : exemple De Laubadère, *Traité de droit administratif* 1963, n° 481). Mestre nous dit le premier que par mesure d'ordre intérieur il faudrait entendre « toute décision relative au service public qui n'est susceptible de porter aucune atteinte à la situation légale de l'agent chargé d'en assurer le fonctionnement » ; ces décisions ont par exemple pour objet « la répartition intérieure des tâches, l'attribution des emplois, l'horaire des travaux ». *L'intuition de Mestre est ici originale et conduit à un résultat décisif alors que l'intuition d'Hauriou, quoique très féconde sur ce point, était restée assez vague.*

Il n'en reste pas moins que la lecture des œuvres de Mestre laisse au lecteur déjà très averti des analyses d'Hauriou une impression de « déjà vu, de déjà lu ». L'originalité du professeur Mestre semble résider dans le souffle nouveau qu'il donne à l'œuvre d'Hauriou. Mais c'est à la fois sur cette œuvre et de cette œuvre qu'il bâtit l'essentiel de sa doctrine. Peut-être l'ingéniosité et la subtilité de son esprit lui auraient-elles permis de construire un système beaucoup plus original s'il n'avait connu trop intimement Maurice Hauriou ? On n'est pas impunément durant 40 ans l'étudiant, le collègue et l'ami d'un homme tel qu'Hauriou. La fréquentation de Maurice Hauriou devait être « fécondante » mais aussi absorbante, à tous les sens du terme.

Mestre semble avoir subi l'influence d'Hauriou de deux façons :

- les analyses d'Hauriou ont coloré tous ses développements (A) ;
- ou bien les analyses d'Hauriou ont directement eu des influences sur ses analyses particulières (B).

A. — LA COLORATION GÉNÉRALE.

Au préalable, une remarque s'impose : alors que le Doyen Hauriou avait, dès 1899, dans sa note précitée sous l'arrêt Canal de Gignac et en 1928 dans sa lettre précitée à Jacques Chevalier, pensé qu'on nous changeait notre Etat et que « nous allons à un régime administratif socialisant », Mestre n'avait pas pressenti cela. Dans son cours de droit administratif de 1933-34 (polycopié p. 74) se trouvent ces lignes « Il n'y a qu'un malheur, c'est qu'entre l'idée d'industrie et l'idée de service public il y a une antinomie complète. L'Etat — c'est démontré maintenant de façon complète — est en principe incapable de conduire à bien une entreprise de caractère industriel... ». *Mestre, en s'écartant ainsi d'Hauriou n'a pas du tout pressenti le mouvement des années de la Libération, l'avenir des sociétés occidentales sur ce point.* Il est vrai, à titre de compensation, que, sur un autre point, Mestre s'est séparé d'Hauriou : mais dans ce cas (celui des fonctions publiques que Mestre se refuse à considérer comme des « posses-

sions » (19), c'est évidemment Mestre qui a raison contre Hauriou. Mais très généralement Mestre s'est inspiré d'Hauriou.

On distinguera le contenu (a) et les méthodes (b) de sa pensée administrative.

a) *Le contenu.*

1. — Le plan général d'exposé;
2. — La personnalité morale;
3. — La décision exécutoire;
4. — Le service public;
5. — Les limites du pouvoir de l'administration.

1. — *Le plan d'exposé.* On sait l'influence que la classification des Institutes avait exercé sur Maurice Hauriou à tel point que pendant les douze premières années de sa carrière « d'administrativiste », il avait distingué dans son cours trois grandes parties :

- les personnes;
- les biens;
- les actions.

Ce n'est que dans un deuxième temps que l'abandon du plan des Institutes était devenu sensible. Or, Mestre fut étudiant d'Hauriou et a donc particulièrement subi son influence de 1890 à 1899, années qui correspondent à cette période. *Comment dès lors s'étonnerait-on que son Cours général de droit administratif de 1933 à 1944 s'organise autour de trois parties :*

— « *Les personnes du droit administratif* » dans laquelle il étudie l'Etat, le département, la commune, les colonies, les établissements publics.

— « *Les choses du droit administratif* » dans laquelle il étudiait le domaine privé et le domaine public « qui comporte des modes d'acquérir ne ressemblant en rien aux modes d'acquérir du droit privé ... ce sont les impôts, l'expropriation, la réquisition » (20).

— « *Nous étudierons enfin les actions du droit administratif, actions en justice qui sont déferées à des tribunaux exceptionnels* » (20 bis).

La similitude pour ne pas dire l'identité de ces plans est évidente (21).

2. — *La personnalité morale.* A la fin du siècle dernier, la grande découverte du Doyen Hauriou fut de rattacher à la notion de personnalité morale tout le contentieux de pleine juridiction : rapporter à

(19) Polycopié, 1934, p. 219, Droit administratif.

(20) Cours de droit administratif polycopié, 1944, p. 3.

(21) Comparer avec les plans d'Hauriou. Voir deuxième partie, chapitre I, section I.

un sujet un certain nombre d'actes, c'était fonder sa responsabilité. On l'a vu, à l'intérieur de l'organisation étatique, la personnalité juridique n'est pas utile : c'est le monde du droit objectif (22). Par contre, dans ses rapports avec autrui, l'administration collabore, se met en situation de gestion et sa personnalité juridique est tout à fait comparable à celle des particuliers. Encore faut-il d'ailleurs distinguer deux personnalités juridiques : la personnalité de droit public et la personnalité de droit privé (23).

Or, Mestre reprend très exactement ces analyses. D'abord dans sa thèse de 1899 sur « La responsabilité pénale des personnes morales », il montre que le sujet personne morale peut être source de délits. Ensuite c'est un thème sur lequel il insiste sans cesse. Si nous ouvrons ses différents cours de droit administratif, nous en retrouvons la trace : « Administrer, c'est exercer des droits ... Il y a deux catégories de droits appartenant aux personnes administratives — des droits dits de personne privée — des droits exorbitants du droit privé ... Ces droits qui ne ressemblent pas aux droits que de simples particuliers exercent sont afférents à la *personnalité publique* des personnes publiques (24). De même, il insiste dans son cours de l'année suivante (p. 416) sur la réalité des personnes morales sources du contentieux de pleine juridiction. Plus nettement encore dans l'introduction à son cours de 1944 il explique (pp. 5 et 6) que le droit administratif c'est « essentiellement le droit des personnes collectives » *et parle encore de la double personnalité des administrations*. On ne peut s'étonner de cette insistance quand on lit l'article précité de Mestre (au Bulletin de la société de législation comparée juillet-décembre 1922) qui affirme qu'un des principaux apports d'Hauriou de 1890 à 1900 est la découverte de la richesse de la notion de personnalité morale (25).

C'était précisément à cette époque que Mestre était l'étudiant d'Hauriou.

3. — *La décision exécutoire*. Il est inutile de rappeler que cette notion constitue aux yeux d'Hauriou une pièce maîtresse de son système. Ici encore, Mestre adopte l'analyse de son maître. Il insiste sur le pouvoir d'action d'office, sur le titre exécutoire, sur la règle de la décision préalable qui lui paraissent caractériser le droit administratif français (26).

4. — *Le service public*. Ici encore, les analyses de Mestre vont dans le même sens que celles d'Hauriou. Elles méritent cependant une men-

(22) C'est ce qui explique selon Hauriou que le droit constitutionnel n'ait pas besoin de cette notion car il s'agit de l'organisation interne de l'Etat. Voir Introduction, section II, paragraphe 5.

(23) Sur ce point, article précité sur l'histoire du droit administratif français dans la section III, paragraphe 3 de l'Introduction.

(24) Cours 1934-1935, pp. 199-200.

(25) Voir section III de l'Introduction et première partie, chapitre I, section I, paragraphe 3.

(26) Cours 1933-1934, pp. 10 et 11.

tion spéciale car il semble que Mestre ait à la fois enrichi et appauvri les analyses d'Hauriou.

— *Enrichi* parce qu'il donne un argument supplémentaire justifiant l'hostilité au service public comme critère unique de compétence : il pense en effet qu'il faut savoir gré à certains juristes d'avoir attiré l'attention du public et des auteurs qui étudient le droit administratif sur les fins que celui-ci doit poursuivre. « Seulement il faut reconnaître qu'ils ont exagéré l'importance de l'idée de service public quand ils ont voulu réduire tout le droit administratif à un jeu de service, au fonctionnement des services... Si l'on perd de vue l'unité essentielle de l'Etat, il y a un phénomène fondamental que l'on ne comprend pas : c'est le problème de la responsabilité unique de l'Etat pour ces activités dispersées... Tout se passe comme si tous ces services étaient rattachés à un centre unique. Donc vouloir résoudre toute l'activité des administrations publiques dans des services publics dispersés hétérogènes sans les rattacher à un centre unique, la personne de l'Etat... c'est renoncer à trouver et à donner une interprétation intelligible de ce fait que ces activités complexes et diverses donnent lieu à une responsabilité unique de l'Etat » (27).

Cette argumentation appartient en propre à Mestre et elle semble consolider la position d'Hauriou.

— *Appauvri* : Nous voudrions avoir démontré que la position d'Hauriou pouvait se résumer dans une dialectique constante entre la puissance publique et le service public puisque tout au long de sa carrière il a sans cesse oscillé dans un sens ou dans un autre. Selon les moments, il penchait vers le service public ou vers la puissance publique. Même dans la dernière période (1921 à sa mort), il considérait ces deux notions comme « deux notions maîtresses du droit administratif français ». S'il reconnaissait la prédominance de l'une (la puissance publique), il considérait comme très importante la seconde.

C'est cette idée de dialectique constante qui n'apparaît pas dans les développements de Mestre qui se contente d'admettre séparément que l'Ecole du service public en raison de son exclusivité même est nécessairement fausse et qu'elle devrait tenir compte du phénomène d'autorité (28). Il s'agit là de la même orientation que celle des analyses d'Hauriou. Mais l'idée de mouvement et de liaison dialectique est absente.

5. — « *Les limites du pouvoir de l'administration* ». C'est le titre même d'un chapitre fondamental du Cours de droit administratif de 1933-1934 (chapitre IV, p. 369). Mestre insiste sur le fait que les pouvoirs des administrations ne sont pas illimités. Sans doute sont-elles investies d'un certain pouvoir qu'on appelle le pouvoir discrétionnaire mais l'activité des administrations, comme celle des proprié-

(27) Cours de contentieux administratif (Doctorat) polycopié, pp. 109-110.

(28) Cours de contentieux précité, p. 110.

taires en droit privé, est entourée d'un cercle qui limite les possibilités des actes : il distingue deux types de limites :

— les limites d'ordre externe (le bloc de légalité, la loi, les principes généraux du droit, les règlements et actes individuels) ;

— les limites d'ordre interne (la moralité administrative, c'est-à-dire la conception de la bonne administration que le juge se fait dans un ordre social donné).

Manifestement, cette analyse est empruntée à Hauriou et ceci pour deux raisons :

— L'idée même de limites (et la façon dont sont traitées ces limites) fait inévitablement songer à « *l'autolimitation objective* » de Maurice Hauriou. Dans ces perspectives, qui a suscité ces limites sinon l'Etat lui-même ? Mais les acceptant sous la pression des mœurs, il est ensuite dépassé par les institutions qu'il a créées et dont la solidité se vérifie dans la durée et dans l'acceptation par l'opinion.

— Ensuite, la notion de moralité administrative est une notion qui appartient en propre à Hauriou : il est inutile d'insister sur ce point évident (29).

De façon plus générale d'ailleurs, Mestre insiste sur le fait que le droit privé est très important non seulement dans l'étude du droit administratif mais aussi pour limiter ce droit *et il montre que, grâce à la jurisprudence du Conseil d'Etat, un droit mixte a pu s'élaborer qui n'est ni un système de droit privé « ni complètement distinct de celui du droit privé »* (30). Mestre insiste sans cesse sur les principes communs dominants notamment en matière de responsabilité (1382 du Code civil, enrichissement sans cause, etc...). Voir p. 407 de ce même cours). *Or, l'idée de dosage, de droit privé et de droit public, l'idée de rapprochement avec le droit privé sont propres aux analyses d'Hauriou et à sa vision d'ensemble du droit administratif* (31).

b) *La démarche intellectuelle d'Achille Mestre.*

On doit distinguer essentiellement deux méthodes ou plutôt deux approches :

— L'approche sociologique ;

— L'approche historique.

1. — *L'approche sociologique.* Mestre n'avait sûrement pas une conception desséchée du droit administratif conçu comme un appareil technique détaché du réel et des problèmes très concrets de l'administration quotidienne. On en donnera deux exemples :

(29) Il nous paraît évident que M. Rivero formé par Mestre a été à ce point imprégné des idées d'Hauriou par personne interposée qu'il a dans un article à la R.D.P. 1953 « Existe-t-il un critère du droit administratif » insisté longuement sur « La puissance publique en moins » et « L'administration ligotée », ce qui constitue un écho des analyses de Mestre et d'Hauriou. Voir sous-section suivante.

(30) Cours 1934-1935 précité, p. 407.

(31) Voir deuxième partie, chapitre I.

— Mestre fonde — tout comme Hauriou — l'autolimitation de l'administration sur le besoin de justice (32). Hauriou ne le dit pas expressément dans son œuvre administrative encore qu'il insiste sur la pression des mœurs. Mais il le dit expressément dans ses lettres à Jacques Chevalier que Mestre avait pu lire en 1934 (33).

— Quoique Mestre soit opposé à la conception d'Hauriou sur la possession de l'emploi par le fonctionnaire, il est hostile comme Hauriou aux thèses contractuelles en matière de fonction publique qu'il lie au syndicalisme et à la grève. C'est exactement l'idée d'Hauriou qui pensait que le contrat faisait naître dans l'opinion l'idée de deux parties en cause, donc une relative égalité entre les parties qui pouvait justifier une rupture du contrat par la grève. *Cette vision très sociologique a donc directement inspiré Mestre* (34).

2. — *L'approche historique.* On sait toute l'importance que Maurice Hauriou accordait à l'histoire (35). Mestre a encore subi l'influence d'Hauriou sur ce point. Chaque fois qu'il traite d'un problème, il en fait l'historique et dans le cœur même de l'argumentation il parsème, comme Hauriou, les développements de notations historiques. On en donnera deux exemples :

— La théorie des actes de gouvernement s'expliquait, selon Hauriou, pour la raison historique que voici : Le Conseil d'Etat aurait fait la part du feu et pour développer son contentieux librement aurait décidé d'abandonner au gouvernement toute latitude dans un certain nombre d'actes. Mestre reprend très exactement cette analyse dans son Cours spécial de doctorat de 1929 (p. 77) et dans son Cours de 1934 (p. 449).

— Mestre, comme Hauriou, est très intéressé par l'histoire de la doctrine administrative. Il a publié un intéressant article, d'ailleurs en partie inspiré d'un article précédent d'Hauriou sur « L'évolution du droit administratif de 1860 à 1929 ». Il est inutile d'insister sur ce point déjà développé (36). Il convenait pourtant de le rappeler ici.

De façon générale, Hauriou est sans cesse cité par Mestre tant à l'occasion d'analyses d'arrêts qu'à l'occasion de développements généraux. Dans la bibliographie qu'il propose aux étudiants, *le Précis d'Hauriou, quoique plus vieux, est considéré comme fondamental et cité en premier.*

Cet intérêt pour Hauriou se manifeste encore dans certaines analyses particulières.

(32) Cours précité, p. 24.

(33) Lettre du 14 janvier 1926 (par exemple) « besoin de justice ».

(34) Sur ces points, cours 1934 précité, pp. 120 et 219.

(35) Deuxième partie, chapitre I, section I.

(36) Voir Introduction, section III.

B. — LES ANALYSES PARTICULIÈRES.

Dans un certain nombre de matières particulières, Mestre s'est directement inspiré des analyses d'Hauriou.

1. — *La mission du Président de la République.*

On sait qu'une des grandes découvertes d'Hauriou dans sa note précitée sous l'arrêt Heyriès en particulier avait consisté à considérer le pouvoir exécutif dans sa double mission. « Ce considérant est remarquable en ce qu'il rompt avec la fâcheuse habitude de définir le pouvoir exécutif uniquement par la mission d'assurer l'exécution des lois : cette mission est en réalité double : 1° — Assurer la marche de l'administration ; 2° — Assurer l'exécution des lois... D'abord gouverner et administrer, ensuite exécuter la loi, ce qui signifie vivre d'abord et ensuite vivre régulièrement... » (note précitée).

Mestre donne une présentation légèrement différente mais le fond est le même. Le Président de la République a trois missions essentielles :

- il assure l'exécution des lois ;
- il assure le fonctionnement des services ;
- il garantit le maintien de l'ordre dans l'Etat.

Mestre a renversé l'ordre des facteurs (puisqu'il a placé en premier l'exécution des lois) et ajouté le maintien de l'ordre dans l'Etat qui correspond à un commentaire de l'arrêt Labonne (37) (curieusement, Hauriou a négligé le très important arrêt Labonne : c'est une de ses carences ; elles sont fort rares) (38). Mais la présentation de Mestre va dans le même sens que celle d'Hauriou et manifestement est inspirée d'elle (39).

2. — *Les actes de gouvernement* (Rappel, voir même paragraphe A). « Le véritable argument pour l'acte de gouvernement, c'est l'argument historique et pratique. Le Conseil d'Etat n'a pu réaliser une grande œuvre qu'en jetant du lest... » (40).

3. — *La délégation de matières.*

On se souvient qu'Hauriou dans sa note précitée sous l'arrêt de Ségalas avait construit une théorie de la délégation de matières qu'il proposait de substituer à la fausse théorie de la délégation de pouvoirs « et ce qui permet cette substitution, c'est le fait qu'un pouvoir ou une compétence s'exerce toujours dans un domaine déterminé et

(37) C.E. 8 août 1919, Lebon, p. 737.

(38) Ainsi Hauriou n'a pas songé à commenter les arrêts « Société des granits porphyroïdes des Vosges et Société commerciale de l'Ouest africain ». Ces lacunes sont d'autant plus surprenantes qu'elles concernent des décisions qui constituaient les premiers signes du prochain ébranlement de la notion de service public.

(39) Sur ces points, MESTRE, « Cours de droit administratif », 1933-34, pp. 65, 66, 67.

(40) Mestre, Cours précité, p. 449.

que ce domaine du pouvoir et de la compétence s'analyse lui-même en de certaines catégories de matières ou d'affaires à régler ou à décider... *C'est ainsi qu'il existe un domaine de la loi et un domaine du décret, c'est-à-dire des matières qui demandent à être réglées par la loi et d'autres qui peuvent être réglées par décret...* » (note précitée).

Mestre ne reprend pas l'idée des deux domaines (qui constituait une véritable prophétie) (41) mais il conserve l'idée de délégation de matières. Dans son Cours de droit administratif de 1944 (pp. 88-89), il dit que le Conseil d'Etat entend par délégation, non pas une délégation de pouvoirs, mais une délégation de matières. « En d'autres termes, le législateur a non seulement le pouvoir d'établir des règles de droit, mais aussi de qualifier de législatif ou d'exécutif relevant du pouvoir législatif ou relevant du pouvoir exécutif tel ou tel ordre d'idées. Par conséquent, on peut interpréter l'expression employée par le Conseil d'Etat dans ce sens de délégation de matières « attribution à l'exécutif de matières qui, jusque-là, étaient considérées comme législatives, ce qui a pour effet d'ouvrir à l'exécutif des voies nouvelles, sans qu'il y ait délégation au sens où ce mot peut être employé en droit privé » (p. 89).

Ainsi Mestre va dans le même sens que Maurice Hauriou : certaines matières relèveraient de l'exécutif ou du législatif, non en vertu de l'idée de délégation ou de mandat du droit privé mais parce que le législatif aurait consacré l'idée que certaines matières relevaient naturellement de l'exécutif. Mestre est plus proche du droit positif de son époque. Hauriou avait dit plus : « domaine » était son terme et qui dit « domaine » dit catégorie qui s'impose et non pas volontairement abandonnée par le législatif. Ce n'était qu'une vision d'Hauriou en avance de trente ans sur son époque mais qui ne correspondait pas au droit positif de son époque (42). En dépit de ces différences, il est clair que sur ce point encore Mestre s'est inspiré d'Hauriou.

4. — La décentralisation.

Hauriou, on l'a vu, était partisan de la décentralisation mais il lui reconnaissait certains inconvénients : gaspillages financiers, esprit de parti dans les élections locales, tyrannies locales. De là, la nécessité de ne pas trop décentraliser et l'utilité de la centralisation impartiale comme la loi (Dupont White) (43).

Mestre reprend très exactement ces arguments — qu'il est inutile d'évoquer à nouveau — dans son Cours de droit administratif des années 1934-1935 pp. 38, 39, 40 et 41. *Il ajoute, il est vrai, aux développements, en insistant sur le régionalisme économique, domaine très peu connu du temps d'Hauriou.*

5. — *Le détournement de pouvoir et l'abus de droit* : La position d'Hauriou était très nuancée. Le Doyen de Toulouse entendait réserver

(41) Voir deuxième partie, chapitre II, section I, paragraphe 2.

(42) Voir deuxième partie, chapitre II, section I, paragraphe 2.

(43) Voir première partie, chapitre I, section I, paragraphe 1.

le détournement de pouvoir à la zone de la décision exécutoire et l'abus du droit à la zone du fait d'exécution (44). Cette théorie mixte est très précise et originale. On la trouve très exactement défendue par Mestre dans son Cours de l'année 1934-35 (p. 532-533). Mestre oppose l'abus de droit qui expose celui qui l'a commis à des dommages-intérêts relevant du contentieux de pleine juridiction à « la théorie du détournement qui est simplement une théorie génératrice d'annulation » (p. 533). Or, il faut se souvenir que pour Hauriou, tout comme pour Mestre ici implicitement, la décision exécutoire s'identifie au champ du contentieux de l'annulation et le fait d'exécution au champ du contentieux de pleine juridiction.

Ici encore, l'inspirateur de Mestre est très présent.

6. — *La théorie de la cause.*

On développera avec plus d'ampleur la théorie de la cause dans la section II de ce chapitre à l'occasion de l'influence exercée par Hauriou sur le Professeur Vedel. La note d'Hauriou inspiratrice de la théorie de la cause (45) avait dégagé toute une théorie à partir d'une lignée d'arrêts Trépont, Blanchard, Lefranc : Hauriou estimait que le principe de l'autonomie des volontés, posé par l'article 1134 du Code civil et « interprété avec un imprudent libéralisme », semble avoir submergé toute espèce de catégories dans le domaine des conventions et donc avoir détruit l'intérêt pratique de la cause juridique objective. « A raison de ses besoins particuliers d'ordre dans la compétence, le droit administratif est ici en avance... » (note précitée). On n'insistera pas sur cette théorie qui sera évoquée plus loin. Il suffit de préciser ici que Mestre a consacré un développement à la théorie de la cause dans son Cours de contentieux (46) qui ressemble en tout point à la théorie d'Hauriou. « Le Conseil d'Etat part de cette idée que le droit implique la distinction de catégories juridiques : le contrat en est une, les diverses sortes d'actes administratifs en sont d'autres. *Il y a donc des catégories juridiques et elles ont besoin pour leur pleine validité d'être fondées sur une cause déterminée. Les actes juridiques ne se suffisent pas à eux-mêmes, ils ont besoin de s'appuyer sur une base juridique : la cause* » (p. 78) (47).

7. — *Le domaine public.*

On a vu que Mestre en désaccord avec Hauriou sur la théorie de la possession de l'emploi reprenait les thèses — très sociologiques — du Doyen de Toulouse sur l'hostilité au contrat de fonction publique (voir A de ce paragraphe).

(44) Sur ce point, deuxième partie, chapitre I, section I, paragraphe 2.

(45) Sous l'arrêt Lefranc, 22 janvier 1926, S. 1926, III, p. 25.

(46) Doctorat, 1929-1930, p. 78.

(47) Nous avons dépouillé les ouvrages de Duguit, Bonnard, Jèze et Berthé-lémy : Mestre est le seul en 1930, après Hauriou, à défendre la théorie de la cause.

De même, en matière de domaine public, Mestre approuve la théorie du domaine propriété de l'administration (48). Cette théorie appartenait à Hauriou qui, le premier (après une esquisse modeste de Barkhausen), l'avait défendue. Il est vrai que, sur ce point, la position de Mestre n'est pas caractéristique : en effet, tous les auteurs admettaient à son époque les idées d'Hauriou sur ce point.

On pourrait encore multiplier les exemples : dans de multiples analyses sur la tutelle (49), sur l'enrichissement sans cause (50), sur l'imprévision (51), Mestre reprend les idées et même la présentation d'Hauriou.

On peut dire de ce maître attachant que de même que durant toute son existence il a joué du Mozart, de même il a « joué » du Maurice Hauriou avec des fugues et des variations sans doute mais autour des thèmes du Maître de Toulouse (52).

PARAGRAPHE 2

LE PROFESSEUR ANDRÉ HAURIOU

Il n'est pas étonnant de trouver le nom de ce maître dans une sous-section consacrée à l'utilisation directe des analyses d'Hauriou. Le Professeur André Hauriou a ceci de commun avec Mestre qu'il a longtemps vécu auprès du Maître de Toulouse et que tout comme Mestre, il a été profondément imprégné par les analyses de son père. *D'ailleurs, en droit administratif, le Professeur André Hauriou aime répéter avec humour et modestie « Je suis le jardinier du jardin de mon père ».*

Cette formule n'est-elle pas partiellement exagérée ? Plusieurs exemples tendent à le démontrer. On en retiendra deux :

— Dans un article aux *Mélanges GénY* (53), M. André Hauriou propose incontestablement une thèse originale : Il pense que dans la transposition en droit administratif des principes privatistes, les phases sont au nombre de trois : « transfert pur et simple en droit administratif d'une théorie ou d'une règle de droit privé, mouvement de réaction provoqué par une conscience plus nette des nécessités administratives, adaptation de la règle de droit privé en lui faisant subir les transformations nécessaires » (article précité, p. 96).

La théorie du domaine public lui paraît ainsi fournir un exemple remarquable. La thèse du droit de garde d'après laquelle les adminis-

(48) Pages 131 et 132 du Cours de Doctorat de 1929-30 précité.

(49) Cours de 1934-35, p. 23.

(50) Même cours, p. 24.

(51) Même cours, p. 381.

(52) Sur son originalité en certains points évidente, voir début de ce paragraphe.

(53) Tome III, p. 92, « L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé ».

trations publiques n'auraient sur les dépendances domaniales qu'une sorte de droit de police totalement différent du droit de propriété ne date pas de Proudhon mais de Loyseau et de Domat (xvi^e et xvii^e siècle) : Or, c'était une réaction contre la conception féodale en vigueur aux siècles précédents suivant laquelle les choses publiques (routes, fleuves, etc...) étaient possédées par le roi ou les seigneurs avec les règles de la propriété féodale, c'est-à-dire de la propriété privée, l'usage de tous ne reposant que sur la permission du propriétaire.

Or, cette doctrine de droit de police qui a eu le mérite de mettre en lumière l'idée d'utilité publique qui justifie la domanialité n'a jamais expliqué clairement les comportements des administrations vis-à-vis de leur domaine et a donc été abandonnée.

La thèse moderne de la propriété du domaine public proposée initialement par Maurice Hauriou, acceptée à l'heure actuelle par tous, est une transposition civiliste opérée en tenant compte du fait de l'affectation des dépendances domaniales à l'utilité du public ou aux services publics.

Maurice Hauriou n'a jamais songé à cette évolution de type dialectique. Sans doute cette analyse eût-elle été tout à fait dans sa manière. Mais c'est André Hauriou qui l'a construite de toutes pièces.

— *Un second exemple* : Dans un article inséré dans les *Mélanges Carré de Malberg* (54), M. André Hauriou démontre longuement que « le pouvoir discrétionnaire de l'administration apparaît comme cette part de l'initiative et de l'indépendance juridique de l'administration qui n'a pas été limitée par la loi et les règles de droit et comme le pendant en droit public du principe de l'autonomie de la volonté en droit privé » (p. 237).

Les administrations publiques ont cette qualité très visible de chef d'entreprise que possèdent les chefs d'entreprises privées, car « on peut définir les diverses administrations comme des institutions faisant pour le compte de l'Etat et des administrés, l'entreprise de l'ordre public et de l'utilité publique ». *Ainsi, aux yeux de M. André Hauriou, le pouvoir discrétionnaire se justifie quant à son existence par le fait que les administrations sont des sujets de droit et quant à son cantonnement dans la zone de l'opportunité par le fait qu'elles sont des chefs d'entreprises.*

Cette explication du pouvoir discrétionnaire n'a jamais été fournie par Maurice Hauriou. Elle ne commence à apparaître que dans la 12^e édition du *Précis de droit administratif* (55).

Sans doute cette théorie est-elle liée à la théorie de l'institution et M. André Hauriou a-t-il trouvé son inspiration dans celle-ci mais son rapport est sur ce point encore incontestablement original.

Son apport est très différent pour ce qui est du rassemblement des notes jurisprudentielles : Ce travail considérable constitue une

(54) Intitulé « Le pouvoir discrétionnaire et sa justification », p. 233.

(55) Paru et élaboré après la mort du Doyen de Toulouse, pp. 17 et s., 57 et s.

des sources fondamentales de la doctrine administrative française. On objectera facilement que les notes d'Hauriou étaient déjà insérées dans le *Recueil Sirey*. Mais l'usage en était difficile, les notes dispensées au hasard des années. Leur réunion dans les trois volumes de « Notes d'arrêtés sur décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits » a permis leur vulgarisation dans un très large public de juristes. Ainsi que nous le disait un Président de section du Conseil d'Etat, « c'est grâce à ces trois volumes que les notes d'Hauriou sont encore connues, sinon personne n'aurait le courage ou l'idée d'aller les rechercher ».

Au surplus, cette réunion n'est pas un assemblage disparate mais constitue un ensemble cohérent, une reconstruction à travers les années, de la pensée de Maurice Hauriou. Or, cette reconstruction est intellectuellement très suggestive. On en donnera un exemple très révélateur.

« On est amené à penser que l'attitude de la jurisprudence en la matière doit être considérée comme reflétant une réalité de la vie des services publics et ne s'expliquera que par une définition préalable de la mesure d'ordre intérieur. C'est dans cette voie que s'est engagé le Doyen Hauriou dans sa note sous l'arrêt *Le Moign* du 22 mars 1912. « Pour bien comprendre la portée exacte de cette note, il faut d'ailleurs la replacer dans un ensemble dont elle n'est qu'une première ébauche et dont une note sous l'arrêt *Cochet d'Hattecourt* devait préciser la structure : c'est ce qu'a fait l'auteur lui-même, ou plutôt le continuateur de sa pensée dans le recueil des notes d'arrêtés paru en 1929, M. André Hauriou réunissait les deux notes précitées dans la même subdivision, consacrée aux mesures d'ordre intérieur... L'arrêt *Le Moign* n'est cependant pas de ceux qui recourent expressément à cette notion » (56).

L'auteur de ces lignes ne saurait mieux dire que le rapprochement des arrêts *Le Moign* et *Cochet d'Hattecourt* ne s'imposait pas absolument et que la liaison des deux arrêts a été entrevue pour la première fois par M. André Hauriou dans sa mission de reconstruction. M. Rivero a sans doute trouvé son inspiration dans Maurice Hauriou; mais l'instrument direct de l'inspiration a été André Hauriou.

Ainsi ces « Notes d'arrêtés » ne sont-elles pas seulement un moyen commode d'aborder Maurice Hauriou mais aussi une source autonome de réflexions. Mais ici peut naître une objection : Le professeur André Hauriou dit qu'il est jardinier du jardin de son père. Mais n'est-il pas jardinier « à la française ? Son effort de classification et de systématisation ne déforme-t-il pas finalement la pensée administrative de Maurice Hauriou ? Un jardinier « à la française », convient-il vraiment à un jardin « à l'anglaise » ?

(56) Thèse de M. Jean RIVERO, « Les mesures d'ordre intérieur administratives », p. 61.

Pour répondre à cette objection, il faut, semble-t-il, distinguer deux systématisations :

- celle des « notes d'arrêts » ;
- celle de la 12^e édition du Précis de droit administratif.

— *Celle des « notes d'arrêts »* : Pour reprendre l'exemple extrait de la thèse de M. Rivero, on remarquera que si le rapprochement des deux arrêts Le Moign et Cochet d'Hattecourt a été opéré par M. André Hauriou, celui-ci n'a pas changé une virgule au contenu de ces notes. L'inspiration qui a pu naître du rapprochement des deux arrêts n'était pas impérative. M. Rivero pouvait le refuser. Il se trouve qu'il l'a acceptée. Mais les notes prises séparément lui étaient livrées dans leur authenticité. *On doit donc considérer la reconstruction de M. André Hauriou comme un enrichissement, mais un enrichissement laissant toute liberté à ses lecteurs* (57).

Enrichissement et liberté : ces deux conditions se retrouvent-elles dans la 12^e édition du Précis de droit administratif ?

Il faut ici distinguer deux aspects :

— *D'une part, M. André Hauriou dans cette édition a procédé à quelques modifications secondaires.* On les mentionnera pour mémoire. D'abord, ainsi qu'il le reconnaît lui-même dans sa préface, la distinction entre gestion privée et gestion publique a été accusée. Ensuite, il a distingué moyen de gestion et procédés de gestion. Les moyens de gestion incluant la réquisition des personnes (les fonctionnaires), des choses immobilières (le domaine public), l'expropriation pour cause d'utilité publique, les travaux publics, la réquisition des objets mobiliers, la réquisition de l'agent (les finances publiques), les procédés de gestion comprenant la régie et la concession. Au fond, par moyens de gestion, M. André Hauriou veut entendre les procédures qui sont employées par les diverses administrations pour alimenter leurs services en hommes, en matériel ou en argent. Par procédés de gestion, il entend les méthodes qui peuvent être mises en œuvre pour la gestion des services.

La présentation est certainement plus ingénieuse, mais elle n'affecte pas le fond. Dans ce nouveau cadre, les analyses de Maurice Hauriou demeurent intégralement.

— *D'autre part, dans la 12^e édition du Précis, M. André Hauriou a entendu reconstruire une partie de l'ouvrage autour de la dernière définition que Maurice Hauriou avait donnée de l'institution.* « Une institution est une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social, pour la réalisation de cette idée un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressés à la réalisation de l'idée, il

(57) Les exemples pourraient être multipliés : L'effort de systématisation de M. André Hauriou a constitué un enrichissement et a fait des notes d'arrêts un instrument très utile. La liberté du lecteur demeurant toujours totale.

se produit des manifestations de communion dirigées par des organes du pouvoir et réglées par des procédures » (58).

M. André Hauriou reconstruit tout le livre I consacré à « L'organisation administrative » autour d'éléments extraits de cette définition (59).

Il n'est pas douteux que trois éléments fondamentaux de la dernière définition de l'institution ont été ici utilisés :

- L'idée directrice;
- L'organisation du pouvoir;
- Le groupe des intéressés.

(58) Définition extraite de « La théorie de l'institution et de la fondation », Cahiers de la Nouvelle Journée, IV, 1925.

(59)

CHAPITRE PREMIER : Le caractère institutionnel de l'administration publique, la personnalité et la capacité juridique.

Section I : Le caractère institutionnel de l'administration publique.

Section II : La personnalité et la capacité juridique des administrations publiques.

CHAPITRE II : L'idée directrice commune aux diverses administrations publiques, ses limites du côté économique, sa concrétisation dans les services publics.

Section I : Caractères et limites de l'idée directrice commune aux diverses administrations publiques.

Section II : La concrétisation de l'idée d'entreprise qui anime les administrations dans le cadre des entreprises publiques.

CHAPITRE III : L'organisation du pouvoir, la centralisation, la décentralisation et la tutelle administrative.

Section I : La centralisation.

Section II : La décentralisation.

Section III : Le contrôle de tutelle.

CHAPITRE IV : L'organisation du pouvoir (suite). La combinaison de l'élection et de la nomination hiérarchique pour la création des organes des administrations publiques.

Section I : Les organes des administrations publiques et leur création.

Section II : L'opération électorale.

Article 1 : L'opération du scrutin.

Article 2 : Le contentieux électoral.

Article 3 : Les crimes et délits électoraux.

CHAPITRE V : L'organisation du pouvoir (suite). L'administration exécutive, l'administration délibérante et l'administration consultative.

Section I : Les trois modes d'administration.

Section II : Théorie générale des assemblées délibérantes administratives : organisation et fonctionnement de ces assemblées : sessions et séances, quorums, règles de délibération, condition personnelle des membres des assemblées.

CHAPITRE VI : Le groupe des intéressés. La situation des administrés dans l'institution administrative.

Section I : La situation des particuliers en tant que bénéficiaires de l'institution administrative.

§ 1 : La situation des particuliers en tant qu'usagers des services publics.

§ 2 : La collaboration des particuliers avec l'administration.

Section II : La situation des particuliers en tant que tiers par rapport à l'administration.

La nouveauté est certaine dans la mesure où, dans les éditions précédentes, en particulier la 11^e, le lien avec la théorie de l'institution est esquissé dans la préface et dans le chapitre introductif *mais n'est pas systématisé ainsi que le fait M. André Hauriou*. Il convient de faire ici deux remarques :

M. André Hauriou n'a pas utilisé un des éléments de la dernière définition de l'institution : « Une institution est une idée d'œuvre ou d'entreprise *qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social...* ». Dans le chapitre II (p. 56) relatif à l'idée directrice, les caractères et limites de celle-ci sont analysés très exactement dans l'esprit de Maurice Hauriou mais il n'est pas fait mention de l'idée de durée qui est pourtant considérée par Maurice Hauriou (influencé par Bergson) comme fondamentale. Seule la durée, c'est-à-dire l'enracinement dans les mœurs, explique l'autolimitation du pouvoir qui est la clef, aux yeux du Doyen de Toulouse, de la théorie de l'institution. Pour se convaincre de l'importance accordée par celui-ci à la notion de durée, il suffit de rappeler la citation suivante extraite de la 11^e édition du Précis de droit administratif : « Mais il importe de bien comprendre comment [le pouvoir] s'est ainsi soumis à l'idée de service et dressé au respect de la fonction... Cela ne s'est pas fait en un seul jour mais a été au contraire le résultat d'un lent progrès des mœurs. D'ailleurs, ce que les mœurs ont fait, elles peuvent le défaire et quand les mœurs se corrompent, on voit immédiatement reparaître les excès et les abus du pouvoir » (60). On croirait entendre un Montesquieu dans ses analyses sur la croissance et la décadence de certaines civilisations et chez ces deux auteurs la durée explique la construction et la destruction des institutions. Or, dans son analyse de l'idée directrice, M. André Hauriou n'a pas fait place à cette notion de durée.

On objectera peut-être que, dans la 12^e édition, on retrouve la citation extraite de la 11^e édition. Effectivement, on lit encore (12^e édition, p. 14) : « Cela ne s'est pas fait en un seul jour mais a été au contraire le résultat d'un lent progrès des mœurs, etc. ». Mais justement le maintien de cette citation qui, à nos yeux, est fondamentale, ne rend que plus anormale l'absence de l'élément « durée » dans les beaux développements consacrés à « l'idée directrice ». Le seul moyen de respecter cet élément de durée eût été d'en démontrer l'importance en exposant dans une section particulière l'histoire du recours pour excès de pouvoir et de la centralisation, révélateurs de l'autolimitation de l'administration.

Dans son ouvrage de jardinage (chapitre II sur l'idée directrice), M. André Hauriou semble donc avoir accordé peu d'attention à une large allée (61).

(60) Précis, 11^e édition, p. 13.

(61) Dans la préface de la 12^e édition, M. André Hauriou a mentionné l'idée d'évolution pour expliquer l'importance en droit administratif de la théorie de l'institution. Mais on peut regretter l'absence de la durée dans sa systématisation du chapitre II (p. 56).

— *La seconde remarque est plus générale* : En organisant autour des éléments de l'institution la construction du titre I^{er} de sa première partie, M. André Hauriou a incontestablement innové : l'enrichissement sur ce point comme sur d'autres est évident. Mais à l'inverse des « Notes d'arrêts », la liberté du lecteur demeure-t-elle totale ? Nous ne le croyons pas. Il y a là une véritable modification de fond : elle consiste à lier aussi étroitement les divers éléments de la théorie de l'institution à l'organisation administrative. On dira que cela va dans le sens des réflexions de Maurice Hauriou. Il n'en reste pas moins que le Doyen de Toulouse n'avait pas opéré ce rapprochement de façon aussi étroite : *la raison n'en est d'ailleurs pas tellement obscure. On sait l'importance que celui-ci accordait au royaume des idées et à leur autonomie. Il ne voulait jamais les figer. Il émettait une théorie, une définition et la modifiait ensuite imperturbablement.* Enrichissement et nouveauté donc, mais qui conduisent peut-être à une immobilisation.

La dialectique de l'enrichissement-nouveauté et de la modification-liberté se poursuit encore dans *un autre exemple* : dans la seconde partie de la 12^e édition, M. André Hauriou traite de l'exercice des droits et du contentieux, l'action administrative étant conçue comme se manifestant avec un ensemble de privilèges et de limites à ces privilèges.

Sont analysées en des privilèges : l'indépendance de l'administration judiciaire, l'indépendance relative de l'administration vis-à-vis de la règle de droit, c'est-à-dire le pouvoir discrétionnaire ; l'indépendance relative de l'administration vis-à-vis du juge administratif, c'est-à-dire le pouvoir d'action d'office.

Sont conçues comme des limites à ces privilèges : l'obligation de recourir à la procédure par décision exécutoire, l'existence des recours contentieux, celle des tribunaux administratifs, enfin les règles sur la responsabilité administrative.

Il n'est pas douteux que cette systématisation est *pédagogiquement supérieure*. Il n'est pas douteux non plus que cette présentation en privilèges et limites soit intellectuellement *très féconde* puisque vingt ans plus tard M. Rivero reprenait cette idée que l'administration dispose sans doute de la puissance publique en plus, c'est-à-dire de privilèges mais est également soumise à la puissance publique en moins à des sujétions et à des limites (62).

Mais si l'on prend l'exemple de la décision exécutoire, on se rend compte du renversement opéré : Maurice Hauriou présentait la décision exécutoire comme le premier privilège de l'administration, ce privilège étant par ailleurs équilibré par une poussée qu'il engendrait : la poussée du contentieux. C'était, dans son esprit, le contentieux qui jouait le rôle de limite et de contrepoids (63). M. André Hauriou renverse la position : la décision exécutoire apparaît chez lui comme une limite. C'est ainsi que le pouvoir d'action d'office — qui apparaît

(62) R.D.P. 1953 « Existe-t-il un critère du droit administratif ? »

(63) Voir première partie, chapitre II, section I.

comme un privilège — est séparé de la procédure par laquelle il est mis en action : la décision exécutoire qui apparaît comme une limite. La procédure de la décision exécutoire apparaît comme une limite dans la mesure où l'administration est contrainte de passer par certaines sujétions : les éléments de forme de la décision exécutoire sont qu'elle doit émaner d'une autorité administrative comprise dans la hiérarchie ou dans la tutelle administrative et être dans une forme exécutoire, c'est-à-dire « dont l'exécution peut être immédiatement poursuivie par la voie administrative, autrement dit par la procédure d'office » (64) (65).

La contradiction est évidente : Pour M. André Hauriou, le pouvoir d'action d'office apparaissait comme un privilège et la procédure de la décision exécutoire comme une limite, les deux éléments étant séparés. Mais dans la définition qui précède Maurice Hauriou, on s'aperçoit que l'essence de la décision exécutoire est liée indissolublement à la procédure d'office. *La limite est indissolublement liée au privilège*. Il y a là un complexe de « puissance publique en plus » et « de puissance publique en moins » qu'il était inutile de séparer dans des chapitres différents.

Mais notre critique ne constitue au fond qu'une critique secondaire : l'essentiel est l'intuition de M. André Hauriou qui a vu avec raison que la décision exécutoire pouvait aussi bien s'analyser en une sujétion pour l'administration. *L'intuition était juste, mais la différence, avec les analyses du Doyen de Toulouse, est patente*.

Au terme de ces développements, il convient de remarquer que les critiques de M. André Hauriou sont souvent assez contradictoires.

— Ou bien on a pu reprocher à M. André Hauriou son absence d'originalité en droit administratif. Il répond alors avec humour : « Je suis le jardinier... ».

— Ou bien on démontre son incontestable originalité sur certains points. Mais alors naît un second reproche exactement contradictoire : M. André Hauriou prolonge mais déforme la pensée de son père. Mais sur ce point, Maurice Hauriou aurait applaudi, lui qui avant sa mort, avait demandé à son fils de reprendre et revoir ses œuvres « toujours dans le sens de la vie » (66).

(64) Précis, 12^e édition, p. 374.

(65) Les éléments de fond sont la déclaration unilatérale de volonté administrative, en vue de produire un effet de droit de nature administrative : Précis, p. 378. On ne voit vraiment pas pourquoi M. André Hauriou range ces conditions dans « les limites ». On serait au contraire tenté de les ranger dans les privilèges. En réalité, il vaut mieux parler de complexe juridiques incluant privilèges et sujétions.

(66) On n'a pas ici étudié les analyses constitutionnelles et de science politique du Professeur André Hauriou qui débordaient le champ de cet ouvrage. On peut se contenter de rappeler que le socialisme humaniste d'André Hauriou nous paraît ressembler au régime administratif socialisant mâtiné par les valeurs chrétiennes qu'avait entrevu son père. Le socialisme à l'occidentale n'est autre à nos yeux qu'un socialisme coloré par les valeurs chrétiennes qui forment le fond des valeurs

Au delà de ces deux auteurs, profondément imprégnés de la pensée du maître, la doctrine a sans cesse accepté ou discuté les idées du Doyen de Toulouse.

On opposera ces principales discussions dans les deux sections qui vont suivre :

- La diffusion des théories générales de Maurice Hauriou, théories colorant l'ensemble de son œuvre (section I) ;
- La diffusion des théories particulières de Maurice Hauriou (section II).

SECTION I

LA DIFFUSION DES THEORIES GENERALES

On étudiera successivement :

- La personnalité morale (sous-section I) ;
- Le problème de l'autonomie du droit administratif (sous-section II) ;
- Les bases constitutionnelles du droit administratif (sous-section III) ;
- Le service public et la puissance publique (sous-section IV) ;
- Les catégories fonctionnelles (sous-section V) ;
- La moralité administrative (sous-section VI).

SOUS-SECTION I

LA PERSONNALITE MORALE

La théorie de la personnalité morale telle que la défendait le Doyen Hauriou, a été contestée avec violence par Duguit (§ 1), de façon plus nuancée par Michoud (§ 2). Dans le deuxième cas, la critique se situe à l'intérieur du système. Dans le premier cas, c'est le système lui-même qui est mis en question. On étudiera, dans un paragraphe 3, le sort de la théorie de la personnalité morale dans la doctrine contemporaine.

Au delà de ces deux auteurs, profondément imprégnés de la pensée du Maître, la doctrine a sans cesse accepté ou discuté les idées du Doyen de Toulouse. On exposera ces principales discussions dans les deux sections qui vont suivre :

- La diffusion des théories générales de Maurice Hauriou, théories colorant l'ensemble de son œuvre (Section I).

— La diffusion des théories particulières de Maurice Hauriou
(Section II).

PARAGRAPHE I

Le désaccord de Duguit.

« Pour tous les groupements, pour toutes les associations, pour le grand Etat national comme pour la petite horde primitive, pour une puissante association, une riche société industrielle ou commerciale, comme pour un modeste groupement de quelques membres, la question se pose dans les mêmes termes et doit recevoir la même solution; l'association est-elle un sujet de droit ? » (67).

A cette question, Duguit rappelle que la conception individualiste répond résolument par la négative. L'homme seul a des droits dans la conception individualiste parce qu'il est le seul être doué d'une volonté autonome. Le droit subjectif est un pouvoir de volonté; le droit objectif est une règle des volontés. Seul un sujet de volonté peut être sujet de droit, sujet de droit subjectif, sujet de droit objectif. « L'homme individuel est donc seul sujet de droit; les collectivités, les associations ne peuvent pas être naturellement des sujets de droit » (68).

Dans cette conception, il existe une exception, c'est la Cité, c'est l'Etat et cela sous l'influence de la doctrine du contrat social qui pensait qu'à l'instant même du contrat au lieu de la personne même de chaque contractant, cet acte d'association produit un corps moral et collectif composé d'autant de membres que l'assemblée a de voix, lequel reçoit de ce même acte, son unité, son moi commun, sa vie et sa volonté » (69).

Dans cette doctrine, l'Etat, seule association qui a ce caractère, est un sujet de droit, une personne ayant une conscience et une volonté. Tout autre groupement sera un simple rapprochement de personnes sauf si l'Etat lui a fictivement conféré la personnalité juridique. Cette conception mettait donc les associations et groupements à la discrétion de l'Etat. On reconnaît bien là la marque de l'Ecole allemande : cette conception a été longtemps défendue par Savigny et ses successeurs ainsi qu'une partie de la doctrine civiliste française.

Mais cette conception de la personne collective fictive ne pouvait se maintenir dans aucun pays moderne où sous l'action des transformations économiques se constituent les puissantes sociétés, commerciales et industrielles, groupant des milliers d'associés et des milliards de capitaux. Dès lors, Duguit ne voit qu'une seule analyse capable de

occidentales. M. André Hauriou est peut être plus proche qu'il ne croit de Maurice Hauriou dont le conservatisme n'était que partiel. Voir sur ce point, note n° 32 et pp. 27, 28, 29 de cet ouvrage.

(67) DUGUIT, « Traité », tome I, p. 347.

(68) *Ibidem*, p. 348.

(69) ROUSSEAU, « Contrat social », livre I, chapitre II.

protéger ces associations et groupements sans recourir aux théories fictives fort dangereuses : Quand une volonté, capable d'après le droit objectif, déclare affecter une certaine quantité de richesse à un certain but licite, il y a là un acte juridiquement valable qui est la naissance d'une situation qui sera protégée par des voies de droit, cette richesse recevra sa destination; son affectation sera reconnue et protégée. On n'a que faire de savoir s'il y a ou s'il n'y a pas de sujet de droit pour la recevoir. Mais l'acte de fondation étant valable par lui-même, comment s'organise la fondation, comment sera protégée l'affectation de la richesse au but ?

Selon Duguit, en éliminant la notion de sujet de droit, tout devient extrêmement simple. Un acte de fondation est fait, une richesse est affectée par une volonté capable à un but licite, par exemple le secours aux pauvres, la création d'un hôpital, d'un hospice, d'un musée. Si le fondateur a déterminé les règles d'organisation et le mode de gestion, on applique sa volonté, et l'autorité publique n'a point à donner ou à refuser une autorisation. Si le fondateur n'a pas déterminé la manière dont l'établissement fondé sera organisé et géré, l'autorité publique doit intervenir, elle ne peut même pas ne pas intervenir. Elle interviendra, non pas pour accorder ou pour refuser discrétionnairement une personnalité juridique dont elle n'a que faire. « Elle est obligée, par le droit objectif, d'intervenir pour assurer la réalisation d'une situation. Elle est régulièrement créée parce qu'il s'est produit un acte de volonté conforme par son objet et par son but au droit objectif... La situation sera protégée comme telle; et il est complètement inutile d'imaginer une théorie quelconque pour faire apparaître un sujet de droit » (70).

Si Duguit est hostile à la théorie du sujet de droit en général, il l'est encore plus à la théorie de l'Etat, sujet de droit. Duguit y est opposé parce que cette doctrine lui paraît purement métaphysique et irréelle. Hauriou, cependant, avait affirmé que la possession par l'Etat d'un pouvoir de commandement est un fait et qu'une doctrine qui se prétend réaliste ne peut le négliger. « On peut très bien affirmer que le pouvoir politique ou la réaction publique du tout social sur les parties sont des faits objectifs, que par conséquent en balançant ces faits sous le prétexte de métaphysique juridique, Duguit ne s'est pas montré réaliste » (71).

Duguit entend écarter ce reproche : A Hauriou qui affirmait que le pouvoir politique est un fait, il répond que c'est inexact, que ce qui est un fait c'est d'une part la croyance que ce pouvoir politique existe et d'autre part la possibilité matérielle dans un groupe donné pour certains individus appelés gouvernement d'imposer leur volonté par la force. Duguit affirme que le fait c'est la croyance et non l'objet de cette croyance qui est en l'espèce erroné. C'est la légitimité de cette croyance qu'il conteste : le pouvoir est un simple fait brut qui s'impose par

(70) DUGUIT, « Traité », tome I, p. 384.

(71) HAURIOU, « Précis de droit administratif », 9^e édition, 1919, p. 28.

des actes matériels de contrainte ou par la crainte qu'il inspire. Mais la légitimité de ce pouvoir est absente puisqu'elle ne peut s'adosser à un sujet de droit spécial d'une essence autre que celle des gouvernés. C'est alors qu'Hauriou qualifie Duguit « d'anarchiste de la chaire » car est anarchiste une doctrine « où le pouvoir n'a pas de vertu juridique propre, où la volonté des gouvernants est considérée comme n'étant pas d'une nature autre que celle des gouvernés, une doctrine où il n'y a pas de théorie de la légitimité du pouvoir tirée de l'origine de celui-ci » (72).

Au fond, dans tout ce débat, se devinent assez facilement les buts des deux théories : Hauriou et Duguit sont en accord total dans leur critique de l'Ecole de droit public allemande du droit subjectif — écho juridique des théories philosophiques de Kant, Hegel et Fichte. Ils pensent tous deux que l'Ecole du droit subjectif est fort dangereuse pour les libertés publiques. Mais, on l'a vu (73), Hauriou estime que Duguit va trop loin dans sa réaction contre l'Ecole allemande, que la personnalité juridique peut avoir des avantages techniques. *Pour Hauriou la personnalité juridique de l'Etat n'a pas une existence objective* : c'est seulement un procédé commode inventé par le juriste pour parvenir à certains buts. On reconnaît bien là sa conception fonctionnelle du droit. « L'utilisation subjective de la personnalité juridique se limite pratiquement à ce qu'on peut appeler la vie de relation par opposition au mode d'existence et à l'organisation. Elle est employée utilement toutes les fois que l'Etat est conçu en relation avec autrui, elle ne sert de rien toutes les fois que l'Etat est envisagé dans son organisation interne. Elle est un procédé de la technique juridique destiné à faciliter la vie de relation avec autrui par la synthèse de ce qui est propre à chaque individu... Il y a toute une région du droit administratif où l'administration prend l'attitude d'une puissance qui parle à des sujets pour déterminer des situations juridiques objectives et où elle émet des décisions exécutoires qui leur sont opposables; dans ce domaine il est très douteux que la personnalité subjective de l'Etat doive jouer un rôle » (74).

A ce raisonnement souple et concret, Duguit répond — d'une manière, à ses yeux, décisive, à tel point qu'il n'y consacre que quelques lignes — que s'il y a des situations auxquelles on reconnaît le caractère juridique sans qu'il y ait un droit subjectif, un sujet de droit, il doit en être ainsi de toutes les situations juridiques. « De deux choses l'une, ou bien il y a toujours un droit subjectif et un sujet de droit, ou il n'y en a jamais... » (75).

(72) *Ibidem*, p. 28.

(73) Voir Introduction, section II.

(74) HAURIU, « Principes de droit public », 2^e édition, 1916, p. 61.

(75) DUGUIT, « Traité », Tome I, p. 389. Dans le même sens, on doit citer le Doyen Geny : « Quant à la théorie des personnes morales..., où le caractère tout artificiel n'est-il pas à lui seul la meilleure preuve qu'elle n'était imposée par aucune nécessité objective, surtout si l'on considère que les situations auxquelles elle était venue procurer une forme nouvelle étaient reconnues comme situations

Ici, le débat ne peut que s'enliser. Ni Hauriou, ni Duguit, ni leurs disciples ne pourront jamais trancher. *Ces deux positions générales correspondent à deux tempéraments, à deux types d'esprit.* L'un, d'une logique qui se veut rigoureuse, a besoin d'un système unique d'explication du monde, des choses et des hommes. *De là le monisme.* L'autre, d'une logique concrète qui veut épouser le réel, se rend compte de la nécessité d'adopter plusieurs systèmes d'explications qui se complètent et se combinent. Pour ce type d'esprit, le monde n'est pas simple et il faut exercer un effort incessant pour adapter l'intelligence à la complexité du réel. *De là, le pluralisme.*

Selon que les disciples — auteurs chevronnés ou débutants — préféreront intuitivement sans raisonner de façon très cohérente tel ou tel type d'esprit, ils se rangeront du côté de Duguit ou du côté d'Hauriou, quitte d'ailleurs à contester tel ou tel point de l'analyse du maître préféré. *Les choix intellectuels ne sont jamais entièrement raisonnés.* Pour notre part, nous avouons franchement notre choix : le pluralisme d'Hauriou nous paraît plus fécond et suggestif que le monisme de Duguit.

Quelles seront les conséquences de l'hostilité générale de Duguit à la personnalité juridique ?

— Duguit sera dans une position inconfortable dans le débat relatif à l'autonomie du droit administratif.

— Duguit refusera l'idée de puissance publique.

— Ses positions en matière de domaine public, contrat, fonction publique, responsabilité en seront affectées. Il en est de même des développements relatifs au principe de légalité. Il est vrai que Duguit n'est pas seul à contester la théorie de la personnalité morale.

PARAGRAPHE 2

Le désaccord de Michoud.

Dans le cadre du paragraphe précédent, la position des protagonistes, Duguit et Hauriou était finalement assez tranchée.

— L'un, Duguit concluait à l'inexistence de la notion de personnalité morale et aux dangers qu'elle recélait.

— L'autre, Hauriou pensait que si en certains cas la personnalité morale était inutile (vie intérieure de l'administration) dans d'autres cas elle était fort utile (relations extérieures).

Par contre, ici, les deux positions de Michoud et d'Hauriou sont très proches. L'un et l'autre sont des partisans de la réalité de la notion, ou tout au moins de son utilité (76).

juridiques avant l'invention de la personnalité civile » (Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2^e édition, 1919, I, p. 137.

(76) Hauriou fut un moment partisan de la réalité de la notion (brochure de 1899 précitée) puis abandonnant ce point de vue s'est contenté d'en défendre l'utilité.

Mais Maurice Hauriou critique certaines insuffisances de la pensée de Michoud. Il pense d'une part que son approche générale est trop subjectiviste (A), d'autre part que sa définition mérite d'être nuancée (B) (77).

A. — L'APPROCHE GÉNÉRALE EST TROP SUBJECTIVISTE.

Michoud entraîné par la tradition et aussi par le caractère éminemment subjectif de l'activité des personnes morales, paraît n'avoir éprouvé aucune hésitation; *le droit dans lequel il s'enfermera sera le droit subjectif, c'est-à-dire le droit conçu par rapport à un sujet conscient; il analysera les éléments des droits subjectifs et ces mêmes éléments lui serviront pour construire la personne morale, puisqu'elle n'est qu'un sujet.* Ainsi, distinguant entre le point de vue métaphysique et le point de vue subjectif, il renoncera au premier, mais non pas au second et il s'enfermera dans le subjectif, ou du moins il croira pouvoir s'y enfermer.

Que croit devoir répondre Hauriou ?

« Nous qui, maintenant, sommes avertis par la crise du droit objectif, nous voyons bien que la chose est impossible, parce que le droit subjectif n'explique pas l'organisation des personnes morales; nous voyons bien que les personnes morales ne sont pas seulement des sujets de droits, mais qu'elles sont encore des corps organisés; nous voyons bien que leur organisation, elle aussi, intéresse le droit et que, si ce n'est pas le droit subjectif, il faut que ce soit une autre espèce de droit qui sera objectif » (78).

Michoud renonçait à l'explication métaphysique du corps par l'âme, c'est-à-dire à l'explication de l'organisation sociale par la volonté collective subjective, mais alors comment s'explique l'organisation ? « Dans l'opération de circonvallation que trace Michoud autour de la personne morale, il y a encore un reste; il n'enferme pas tout, l'explication de l'organisation reste en dehors » (*ibidem*).

Mais même dans le cadre du droit subjectif, Michoud et Hauriou sont en désaccord. En dépit de leur accord d'ensemble, la divergence de Michoud sur ce point particulier est évidente.

B. — LES NUANCES A LA DÉFINITION DE MICHOD.

Michoud disait : « Un droit subjectif, c'est l'intérêt d'un homme ou d'un groupe d'hommes juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter et de le défendre ». Et le sujet de droit sera « l'être ou le centre d'intérêt dont les

(77) On trouvera les éléments très détaillés de cette intéressante discussion dans une « Notice sur les œuvres de Léon Michoud », son vieux camarade d'agrégation, demandée par la Faculté de Grenoble au Doyen de Toulouse, Grenoble, 1917, Imprimerie Allier Frères.

(78) Notice sur les œuvres de Léon Michoud par Maurice Hauriou, Grenoble, 1917.

intérêts sont juridiquement protégés au moyen de la puissance reconnue à une volonté de les représenter et de les défendre ». Et le sujet de droits sera « l'être ou le centre d'intérêt dont les intérêts sont juridiquement protégés au moyen de la puissance reconnue à une volonté de les représenter et de les défendre ».

Dans ces définitions complexes l'élément de volonté subsiste donc, mais il reste subordonné à l'élément d'intérêt parce que la réalité de la volonté collective est moins évidente que celle de l'intérêt collectif.

En même temps, la réunion de ces deux éléments va fournir un critérium précieux pour le champ d'application de la personnalité morale, aider à déterminer les groupements ou les centres d'intérêts qui auront droit à ce que leur personnalité soit reconnue par la loi.

Hauriou ne peut cependant s'empêcher de faire deux remarques :

— *La première* est que cette construction n'est établie qu'au prix d'un sacrifice considérable qui est celui de la théorie classique de la prédominance de la volonté dans le droit. Il est bien vrai qu'il y avait urgence à rétablir l'élément de l'intérêt à côté de celui de la volonté, mais il n'était peut-être pas aussi nécessaire d'abolir la suprématie de la volonté sur l'intérêt; « les théories classiques sont respectables par la quantité de réflexions de toute sorte qui y sont incorporées et il faut toujours y regarder à deux fois avant de s'en écarter » (*ibidem*).

— *La seconde remarque* est que, justement, à cause du sacrifice de la suprématie de la volonté, la construction de Michoud ne vaut pas pour toutes les personnes morales et qu'il est obligé d'en exclure lui-même, d'une part, l'Etat, d'autre part, les associations entièrement volontaires de la loi de 1901. Pour des raisons diverses, l'Etat et les associations volontaires lui paraissent avoir une volonté collective réelle, susceptible de prédominer sur l'élément de l'intérêt collectif.

Pour l'Etat, en effet, la situation n'est point douteuse. L'histoire de l'organisation politique est celle de l'organisation de la souveraineté en une volonté collective.

Or, selon Hauriou, la souveraineté de l'Etat, interprétée en une volonté collective, ne protège pas seulement les intérêts nationaux, elle les domine. Il est bien vrai que la souveraineté n'est que l'attribut de l'Etat, par conséquent du sujet; mais où que soit le sujet, et « pour moi il est dans l'idée même et, pour ainsi dire, dans le type de l'institution politique de l'Etat, il est un fait certain, c'est que la souveraineté de l'Etat domine les intérêts et les buts de l'Etat ».

Pour traduire cette situation, il faut modifier la définition de Michoud et dire avec Hauriou : « Le sujet de droit est l'organisation politique d'un centre d'intérêts dominés par une volonté propre dont la fonction est de les représenter et de les défendre ».

Dans cette perspective, il reste à pénétrer un mystère : comment et pourquoi l'intérêt ou la destinée du sujet sont-ils subordonnés à une volonté qui n'est que l'attribut du sujet ?

La « clef du mystère » paraît être celle-ci aux yeux du Maître de Toulouse : les intérêts ne sont pas réalisés, ils sont du devenir, ils ne

peuvent se réaliser et passer à l'acte que par une volonté, de là l'importance prépondérante de la volonté. De plus, au moment de la réalisation se pose la question du bien et du mal, du juste et de l'injuste, par conséquent la question de la liberté de choix. Ces intérêts qui aspirent à se réaliser est-il juste qu'ils se réalisent entièrement ? C'est la volonté qui va être chargée de cette appréciation. Elle n'a pas seulement pour fonction de mettre en mouvement la protection juridique objective organisée par la société, elle a une mission plus haute qui est d'arbitrer elle-même subjectivement ce qu'il est juste de faire protéger, et cet arbitrage, elle le fait non seulement à l'aide de la règle de droit, mais à l'aide de son sens intime du juste. C'est-à-dire qu'à côté de la protection juridique objective de la prétention, il y a une déclaration ou une détermination subjective de la justice de la prétention.

C'est grâce à la volonté, se conformant spontanément à l'ordre, et grâce à la domination de la volonté sur les intérêts que ceux-ci se transforment subjectivement en des droits; la volonté modifie leur contenu, bien souvent par des sacrifices et des renoncements spontanés et ils sont devenus des droits subjectifs par cette opération d'alchimie intérieure, avant même que la question de la protection juridique extérieure ne se soit posée.

« Dans la théorie juridique de l'Etat, tout comme dans la psychologie individuelle, la domination de la volonté sur les intérêts cela signifie donc la superposition de la catégorie de la moralité et de la justice à la catégorie des intérêts, la domination du juste sur l'utile.

Comment se fait-il que Michoud se soit détourné de ce tableau de la conduite qui lui était fourni par l'organisation intérieure de l'Etat et qu'il ne pouvait ignorer ? Comment se fait-il qu'il n'ait pas pris pour modèle cet agencement de la souveraineté dominant les intérêts, alors qu'il paraît tellement conforme à l'essence du système juridique ? Comment a-t-il pu être amené à considérer l'Etat comme une personne morale exceptionnelle et à placer le droit commun des personnes morales dans la catégorie des établissements publics et des fondations où le rôle de la volonté collective est moins apparent ? » (*ibidem*).

Hauriou donne deux raisons de cette détermination :

— *D'abord, l'absence d'une théorie générale de l'Etat dans la littérature juridique française a pu l'induire en erreur; il a pu croire qu'une théorie de la personnalité morale était indépendante de la théorie de l'Etat; alors il n'a pas étudié formellement la question indispensable de savoir si l'Etat était la personne normale ou une personne morale exceptionnelle; n'ayant pas étudié cette question d'une façon préalable, il s'est laissé conduire par son sentiment instinctif qui a été de considérer la personnalité de l'Etat comme exceptionnelle.*

— *Mais pourquoi ce sentiment instinctif ? C'est parce que, dans son esprit, la catégorie des personnes morales s'est établie plus près des fondations, c'est-à-dire des patrimoines affectés à un but social, que des corporations, c'est-à-dire des groupements de personnes. Il y a, en effet, ces deux types différents dans le monde des personnes*

morales. « Peut-être même serait-il sage de reconnaître que deux théories différentes sont nécessaires, que la théorie bonne pour les corporations ne l'est pas pour les fondations et les établissements et inversement ».

Au fond Michoud n'a pas pris le parti de construire deux théories différentes alors que la théorie unique qu'il a édifiée était bonne pour les établissements plus que pour les corporations.

Michoud avait imaginé que les établissements étaient le véritable type de la personne morale. De là son analyse générale.

La divergence entre les deux auteurs est donc évidente sur deux points fondamentaux. Mais on aperçoit ici que le ton n'est pas acerbé : les positions de ces deux auteurs — tous les deux très classiques, se défiant des excès des théories objectives de Duguit, se défiant des nouveautés trop brutales — étaient finalement très proches l'une de l'autre. Il y a en effet deux façons de critiquer une œuvre :

— De façon externe quand on en refuse les intentions profondes et l'esprit qui l'anime.

— De façon interne quand on en approuve l'esprit sans pour autant en admettre toutes les déductions.

Ce débat entre Michoud et Hauriou, qui ne paraît d'ailleurs avoir aucun prolongement contemporain, appartient manifestement à la seconde catégorie.

PARAGRAPHE 3

La théorie de la personnalité morale et la doctrine contemporaine.

Aujourd'hui, une certaine unanimité doctrinale s'est faite non à propos du problème de fond de la réalité ou fiction de la notion de personne morale mais à propos de son utilité en tant que procédé juridique commode : et c'était un des aspects de l'analyse d'Hauriou.

Dès les premières éditions de son Précis de droit administratif, M. le Professeur Waline a défendu la notion de personnalité morale du point de vue de son utilisation. Il reprend la même idée dans les éditions les plus récentes : « Un sujet de droit ou personne juridique n'est rien d'autre qu'un centre d'intérêt juridiquement protégé » (79).

M. Rivero pense que « le droit français attribue ainsi à certaines collectivités possédant des organes administratifs la qualité de sujet de droit ou, en d'autres termes, la personnalité morale : c'est à elles que sont imputés les effets juridiques — droits ou obligations — des actes accomplis par leurs agents; l'Etat, les collectivités territoriales, communes et départements, les établissements publics sont les principales personnes morales de droit public » (80).

(79) Traité, 9^e édition, n^{os} 400 et s.

(80) Précis, 1960, p. 14.

M. Vedel estime de son côté que si on a longuement débattu jadis du caractère réel ou fictif de la personnalité morale, de son fondement, etc., cette querelle est née d'un faux problème. « En réalité, chacun avait tort dans cette controverse; les groupements ne sont considérés comme des sujets de droits que par une abstraction; mais il en va de même des individus. Il n'est ni plus ni moins réel de voir dans Pierre un sujet de droit que de voir un sujet de droit dans la société protectrice des animaux. La qualité de sujet de droit ne se révèle pas plus à l'observation dans un cas que dans l'autre et résulte dans les deux cas d'une construction » (81).

M. Vedel considère comme très utile cette construction juridique sans s'embarrasser de la controverse stérile « réalité ou fiction ».

M. de Laubadère reconnaît que, selon la conception courante, les titulaires des situations juridiques ou, comme l'on dit aussi, les sujets de droit sont, soit des individus personnes physiques, soit des personnes morales. Il rappelle que si la notion de la personnalité morale a été très critiquée par Duguit et la plupart de ses disciples (82), il s'agit d'un problème de théorie générale du droit qu'il n'entend pas traiter. « Nous retiendrons et utiliserons la notion de personne morale pour l'appliquer aux collectivités publiques (Etat, collectivités territoriales, locales, établissements publics) susceptibles d'être titulaires de situations juridiques sans préjuger du reste le problème classique de la réalité ou du caractère fictif de la personnalité morale » (83).

SOUS-SECTION II

LE PROBLEME DE L'AUTONOMIE DU DROIT ADMINISTRATIF

Le désaccord de Duguit est flagrant sur ce point (§ 1). Mais la grande majorité de la doctrine contemporaine va dans le sens général de l'analyse d'Hauriou. C'est ce qu'on rappellera très sommairement dans un § 2.

PARAGRAPHE 1

Le désaccord de Duguit.

« Depuis des siècles, on oppose le droit public au droit privé » (84). Le droit public, dans la perspective traditionnelle, comprenait l'ensemble des règles juridiques qui s'appliquent à l'Etat, déterminent

(81) Manuel, 1961, p. 458.

(82) Sauf Bonnard (Droit administratif, 4^e édition, 1943, p. 27).

(83) Traité, 1963, n° 14, p. 19.

(84) DUGUIT, « Traité », Tome I, p. 522.

son organisation et régissent ses rapports avec les autres personnalités (85).

Duguit reconnaît qu'il n'est pas douteux que si l'on admet la notion de souveraineté et celle de personnalité souveraine de l'Etat, cette distinction du droit public et du droit privé est fondamentale. En effet, le droit public s'applique à une personne souveraine, le droit privé à des personnes non souveraines et se posent alors le problème de la subordination au droit d'une personne souveraine, le problème de la conciliation de la souveraineté de l'Etat et de sa limitation par le droit. S'il y a des personnes juridiques publiques — en particulier l'Etat — titulaires de droits subjectifs publics, les rapports qui naissent entre l'Etat et ces personnes publiques, d'une part, et, d'autre part les personnes privées individuelles ou collectives sont des rapports très différents de ceux qui naissent entre personnes privées. Ce sont des rapports inégaux. « Si cela était vrai, il en résulterait logiquement que les actes juridiques de droit public n'auraient point le même caractère que ceux du droit privé, qu'ainsi par exemple il y aurait des contrats de droit privé et des contrats de droit public et que les règles applicables à ceux-là ne le seraient point à ceux-ci... J'estime qu'on ne saurait trop énergiquement protester contre une pareille conception. Elle est contraire à la vérité des faits et surtout elle conduit forcément à donner, au moins en apparence, une base juridique à la toute-puissance de l'Etat » (86).

Or, on l'a vu, à la différence d'Hauriou, Duguit nie la personnalité de l'Etat; par conséquent, il ne conçoit pas l'existence d'une règle s'appliquant aux rapports d'une prétendue personne collective souveraine avec des sujets subordonnés, « l'existence d'une règle distincte par son fondement et par son objet de celle qui s'applique aux rapports entre simples particuliers » (ibidem). Dans sa perspective, il ne faut pas distinguer personne publique et personne privée, droit subjectif public et droit subjectif privé, acte juridique de droit public et acte juridique de droit privé.

L'Etat peut émettre des actes unilatéraux ou contractés :

— S'il contracte, son contrat sera nécessairement similaire au contrat entre particuliers.

— S'il émet des actes unilatéraux, ce n'est pas parce qu'il est puissance souveraine mais parce qu'il poursuit un but d'intérêt collectif et qu'à raison de cela le droit objectif rattache en principe des effets juridiques à des déclarations unilatérales.

Pourtant Duguit reconnaît une vraie différence entre droit public et droit privé. D'abord, des raisons pédagogiques imposent la distinction « Mais comme toutes les distinctions que fait l'esprit, celles que l'on

(85) Ulpien disait déjà : *Hujus studii duae sunt positiones publicum et privatum. Publicum jus est quad ad statum rei romanae spectat, privatum quad ad singulorum utilitatem* (C.I. paragraphe 4 D, De justitia et Jure I, 1).

(86) DUGUIT, « Traité », Tome I, p. 525.

doit faire dans le domaine du droit sont un peu artificielles et forcément se pénètrent respectivement » (87).

Ensuite, il apparaît à Duguit que le mode de sanction du droit public permet au fond de le distinguer du droit privé. Ceci se vérifie en particulier dans le droit administratif. Le particulier qui veut ramener à exécution par la force une situation de droit dont il est bénéficiaire doit s'adresser à l'Etat; et si l'existence ou l'étendue de cette situation sont contestées, l'emploi de la force pour l'exécution n'est possible que lorsque régulièrement une décision juridictionnelle émanant de l'Etat est intervenue, reconnaissant l'existence et l'étendue de cette situation. Par contre, Duguit reconnaît que si l'Etat est bénéficiaire d'une situation de droit, il est maître en même temps de la force matérielle pour la réaliser. L'Etat « bénéficiant du monopole de la contrainte a le privilège de l'exécution préalable. Il est l'Etat, son but est de réaliser le droit et lorsqu'il prétend l'existence d'une situation juridique à son profit, il est parfaitement légitime de lui reconnaître le bénéfice de l'exécution préalable, ce que Hauriou appelle exactement le bénéfice du préalable » (88).

La surprise du lecteur est totale comme est totale le renversement. On croirait lire et entendre du Hauriou et ce n'est pas un hasard si Duguit cite le Doyen de Toulouse. Par quel mystère s'est opéré ce renversement ?

Aucune raison cohérente ne peut en être donnée. La contradiction où s'est enfoncé Duguit est absolument irréductible.

— *Ou bien il pense contre Hauriou que l'Etat n'est pas une personne publique souveraine*, qu'il n'est donc pas admissible de lui reconnaître plus de puissance qu'aux gouvernés, que ceux-ci entrent avec l'Etat dans des rapports d'égalité. Alors aucune distinction entre le droit public (et le droit administratif) et le droit privé n'est concevable. Les actes de l'administration ressembleront comme des frères aux actes des particuliers et, par exemple, la distinction des contrats de droit public et des contrats de droit privé n'a pas de sens. C'était la position première de Duguit. Il est évident aujourd'hui que cette conception était fausse puisque la doctrine et la jurisprudence reconnaissent quasi unanimement que les actes de l'administration unilatéraux ou contractuels sont soumis à des règles différentes de celles du droit privé.

Sans doute M. Eisenmann fait-il remarquer qu'il existe aussi des actes unilatéraux en droit privé, ce qui est incontestable. Mais il ne nie pas que les règles applicables aux actes unilatéraux privés soient différentes des règles applicables aux actes unilatéraux de l'administration. De même, il n'est contesté par personne que les contrats de droit public sont différents des contrats de droit privé. Les deux traités des contrats des professeurs Jèze et de Laubadère nous le démontrent longuement et même M. de Laubadère a décelé en la

(87) DUGUIT, « Traité », Tome I, p. 540.

(88) DUGUIT, « Traité », Tome I, p. 549.

matière la prérogative des prérogatives, la prérogative par excellence que constitue le pouvoir de modification unilatérale de l'administration (89).

Cette première conception de Duguit est donc totalement fausse. *Mais au moins avait-elle le mérite de la cohérence. Mais Duguit va, de plus, abandonner la cohérence.*

— *Ou bien on pense avec Hauriou que la personnalité juridique est utile chaque fois que l'Etat entre en relations avec autrui.* On reconnaît alors avec Hauriou l'existence du fait-puissance publique, du fait-primauté de l'exécutif et on admet facilement que les rapports entre l'Etat et les particuliers sont des rapports inégalitaires, que les décisions de l'administration bénéficient du privilège du préalable (incompréhensible dans la première conception de Duguit), que certains contrats de l'administration contiennent des règles exorbitantes et se différencient fondamentalement des contrats de droit privé.

Mais il est impossible d'affirmer, comme le fait Duguit, que les rapports entre l'Etat et les particuliers sont égalitaires, tout en ajoutant que l'Etat possède le privilège du préalable. Ou les rapports sont égalitaires ou ils ne le sont pas. La doctrine de Duguit déjà fausse devient alors incohérente. Hauriou, par contre, a su rester proche du réel et parfaitement cohérent.

Que répondrait Duguit à notre attaque ? Il répondrait ce qu'il avait déjà répondu à Hauriou : Duguit niait la puissance publique mais il reconnaissait la force très prééminente des gouvernants qui possèdent le monopole de la contrainte. Autrement dit, il reconnaissait le fait, mais ne voulait pas reconnaître la légitimité du fait, reconnaissance qui lui paraissait très dangereuse du point de vue de la limitation de l'Etat. Or, Hauriou a beau jeu de répondre que la limitation peut être obtenue par le biais de la théorie de l'autolimitation objective, c'est-à-dire que l'Etat, puissance souveraine sous la pression des mœurs et de l'opinion publique en même temps que par l'objectivation des procédures sera contraint de s'autolimiter et ne pourra jamais reprendre ce qu'il a donné en raison de la pression externe (opinion) et interne (institutionnalisation des procédures). Il y a dans la doctrine d'Hauriou une dialectique constante entre l'Etat et l'opinion, entre l'Etat et les procédures par lui élaborées qui se réalise par l'équilibre opéré par l'autolimitation objective, ce que n'a jamais compris Duguit.

D'autre part, nous pouvons faire remarquer que, quels que soient les dangers objectifs à reconnaître la puissance publique de l'Etat, *la position de Duguit est purement verbaliste.* S'il reconnaît la force prééminente des gouvernants, il est incompréhensible qu'il refuse de croire à la légitimité de la puissance publique. *Peu importe sa légitimité, si elle existe, le juriste doit en tenir compte.*

Duguit répondrait peut-être que la force des gouvernants n'est valable que si elle est conforme à la règle de droit objectif. Mais,

(89) Article R.D.P. 1954-36.

d'une part, qui sera garant de cette conformité ? D'autre part, quel est le contenu de cette règle de droit objectif et par qui ce contenu sera-t-il dégagé ? Duguit reprochait à Hauriou ses obscurités et sa métaphysique. *Or, nous sommes en pleine métaphysique juridique.* Et l'obscurité de Duguit est beaucoup plus dangereuse car elle touche aux fondements mêmes du droit.

Il reste cependant un problème : le lecteur ne peut manquer d'être surpris par l'absence dans ce débat sur l'autonomie du droit administratif de la notion de service public. En effet, on aurait pu imaginer que le moyen le plus simple d'ancrer l'autonomie du droit administratif pour l'Ecole de Bordeaux était de rattacher cette discipline au service public, notion clef. *Or, Duguit s'est bien gardé d'opérer ce rattachement. Quelles raisons peut-on en donner ?*

Ce curieux silence de Duguit s'explique facilement dès lors que l'on lit les différents passages que cet auteur consacre au service public. S'il entend défendre l'idée que la vocation de l'Etat réside dans l'organisation et le fonctionnement des services publics, il est muet sur le ou les critères de la notion de service public (90). *Il est clair que si Duguit ne trouvait pas de critère cohérent de la notion de service public, il lui était impossible de fonder l'autonomie du droit administratif sur cette notion.* Duguit, esprit en principe méthodique, n'avait pas manqué d'apercevoir cette impossibilité.

Le débat sur l'autonomie du droit administratif s'est prolongé après la mort des deux auteurs. Mais les arguments se sont modifiés. M. Eisenmann a cru déceler des contradictions et au moins des hésitations dans l'explication que donne M. de Laubadère de l'autonomie du droit administratif (91).

M. Eisenmann avait cru pouvoir dégager dans la première édition du « Traité élémentaire de droit administratif », deux conceptions de l'autonomie du droit administratif : une conception formelle, une conception matérielle, ces deux conceptions étant, selon lui, assez contradictoires. Nous ne prendrons pas partie sur ce débat qui n'intéresse pas directement nos développements mais nous entendons nuancer une idée que semble vouloir affirmer le Professeur Eisenmann. Le Professeur Eisenmann explique l'hésitation qu'il décèle « par un conflit psychologique qui se rencontre chez tous les auteurs de droit administratif qui restent attachés personnellement au fond de leur cœur à la doctrine du service public du fait qu'ils prennent de plus en plus conscience que le droit positif s'en est éloigné dans une mesure incessamment et prodigieusement croissante. *La doctrine du service public postulait la soumission de l'administration à un droit autonome pour toute la gestion des services publics* ».

Or, on l'a vu, empêtré dans sa contradiction, le père de l'Ecole du service public n'a jamais fondé l'autonomie du droit administratif sur la notion de service public. Il est vrai que d'autres l'ont fait après

(90) Sur ce point, voir analyse détaillée sous-section IV.

(91) Voir cours de Doctorat polycopié, 1952-1953, p. 28 et suiv.

lui (Jèze, Bonnard, etc...) mais Léon Duguit s'était abstenu des affirmations trop brutales et était resté très hostile à l'idée d'un droit spécial à l'administration. *La formule de M. Eisenmann méritait donc seulement d'être nuancée* : elle s'applique à l'Ecole du service public dans son ensemble mais non à son fondateur : Léon Duguit.

PARAGRAPHE 2

Le problème de l'autonomie du droit administratif dans la doctrine contemporaine.

Dans le débat général, c'est Maurice Hauriou qui semble une fois de plus avoir raison. M. de Laubadère, qui nous apparaît ici assez représentatif d'un courant dominant, défend l'autonomie de principe du droit administratif combinée, il est vrai, au particularisme de son contenu. Ainsi dans son *Traité* (92), il fait remarquer que :

1. — Le plus souvent, la règle de droit administratif est, à quelque égard, différente de la règle de droit privé, la différence étant, selon les cas, plus ou moins radicale.

2. — Il arrive aussi que la règle de droit administratif ne soit pas différente par son contenu de la règle de droit privé parce que le législateur ou le juge lui-même auront estimé que les exigences de la vie administrative sont en la matière analogues à celles des relations de la vie privée. « Mais cette circonstance ne contredit pas l'autonomie du droit administratif parce que le juge administratif reste maître de ces emprunts ».

Hauriou, précurseur encore sur ce point, n'aurait pas manqué d'être satisfait par cette analyse (93).

(92) 1963, p. 35, n° 40. Pour les détails de l'argumentation, se reporter à cette référence.

(93) M. de Laubadère précise en effet que les règles différentes du droit privé seront soit des règles donnant à l'administration de véritables pouvoirs de contrainte, soit lui imposant de véritables sujétions. Cette analyse ressemble fort à celle que M. Rivoir avait déjà proposée en 1953 dans son article précité « Existe-t-il un critère du droit administratif ? » Ce complexe nuancé de plus et de moins nous paraît typique de la pensée d'Hauriou.

Il est clair que M. de Laubadère est cité ici à titre d'exemple. Voir aussi M. le Professeur André Hauriou « L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé », *Rec. Français, Gén'y*, III, p. 92 ; M. le Doyen Vedel, *Manuel de droit administratif*, 1965, p. 118 ; M. le Professeur Jean Lamarque, « Recherches sur l'application du droit privé aux services administratifs », *L.G.D.J.* 1960. Il est vrai que M. le Professeur J. Waline in « Recherches sur l'application du droit privé par le juge administratif », montre les emprunts de ce juge au droit privé. Mais cela ne contredit pas l'autonomie du droit administratif puisque le juge reste maître de ses emprunts. *Contra*, MM. les Professeurs Eisenmann et Chapus. M. Eisenmann in « Le degré d'originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques, *J.C.P.* 1949, n° 742 et 751 qui reconnaît une certaine originalité au droit administratif sur ce point tout en estimant que la dualité des régimes de responsabilité selon que le responsable recherché serait

SOUS-SECTION III

LES BASES CONSTITUTIONNELLES DU DROIT ADMINISTRATIF

On étudiera successivement l'analyse de M. Vedel (§ 1) et celle de M. Rivero (§ 2).

PARACRAPHE I

L'analyse de M. Vedel.

Le Doyen Vedel est très franc : sur le seuil de son article, il nous avertit que Hauriou est en l'espèce l'initiateur (94).

Le Doyen Vedel part du principe que la Constitution est la base nécessaire des règles dont l'ensemble compose le droit administratif. « Cette affirmation n'a pas besoin d'être démontrée; elle découle de la nature même de la Constitution, fondement de l'ordre juridique français et charte de l'organisation étatique ».

Cette position avait déjà été défendue par Hauriou. Sans doute la vie privée doit-elle dominer la vie publique comme le droit privé, droit commun doit primer sur le droit public, mais justement pour garantir la stabilité et d'harmonie de la vie privée, *il faut une force : le régime administratif doté de la puissance publique par la Constitution*. Ainsi la Constitution joue-t-elle un rôle de charnière entre la vie privée qu'elle sert au moyen de l'instrument de la puissance publique et le régime administratif qui n'est qu'application de l'instrument, puissance publique dans les rapports entre l'administration et l'administré.

Sur ce point le Doyen Vedel reprend donc schématiquement les analyses d'Hauriou (95). *Mais il faut ajouter que l'analyse consistant à faire du droit administratif une « ancilla constitutionnis » était partagée par Duguit pour des raisons exactement inverses mais qui le faisaient parvenir au même résultat : le problème fondamental pour Duguit était de limiter les gouvernants par le droit « Je persiste à penser que l'existence d'une règle de droit s'imposant à tous gouvernants et gouvernés, Etats et sujets, se conçoit... » (96).*

une personne de droit privé ou au contraire une collectivité publique ne serait pas justifié. Dans le même sens, M. le Professeur Chapus dans sa thèse « Responsabilité publique et responsabilité privée », 2^e éd. 1957, L.G.D.J.

Pour une justification complète de l'autonomie du droit administratif en matière contractuelle et en matière de responsabilité, voir le Traité de M. le Professeur Waline, pp. 7 et suiv.

(94) Les bases constitutionnelles du droit administratif, E.D.C.E., 1954, p. 21.

(95) Sur tous ces points, voir deuxième partie, chapitre I, section I.

(96) Droit constitutionnel, T. I, p. 97.

De même, il affirme « je ne saurais trop protester contre la tendance qui compte encore en France un certain nombre de représentants, tendance d'après laquelle toute disposition régulièrement énoncée de l'organe législatif d'un pays est une norme de droit devant laquelle le juriste doit s'incliner sans mot dire. S'il en est ainsi, l'étude du droit ne vaut pas une heure de peine... » (97).

Si l'on part de cette conception, il est clair que les lois et règlements et arrêts qui forment le corps de ce que Hauriou appelait le régime administratif de la France n'ont qu'une importance relative et doivent être étudiés en fonction de cette « Règle de droit » s'imposant à tous éventuellement mais non toujours cristallisée dans la Constitution.

Le Doyen Vedel, en affirmant l'infériorité du droit administratif par rapport au droit constitutionnel va ici dans le sens d'une doctrine dominante (98). Mais ainsi qu'il le dit lui-même à juste titre, « le degré d'évidence d'une proposition n'a pas de rapport nécessaire avec l'influence qu'exerce cette proposition; bien au contraire, parfois certaines vérités à force d'être incontestées sortent du champ de l'attention et dès lors tout se passe comme si elles étaient oubliées » (article précité, p. 33).

En effet, tout le monde s'accorde pour dire que la Constitution est la base nécessaire des règles dont l'ensemble compose le droit administratif. *Si l'on descend dans l'analyse de théories particulières, on oublie la vérité de cette assertion.*

M. Vedel analyse par exemple la crise de l'Ecole du Service public « Comment passe-t-on des principes constitutionnels aux règles du droit administratif? C'est ce que précisément les thèses de l'Ecole du Service public ne permettent pas de comprendre » (article précité, p. 26). M. Vedel constate que la notion du service public est étrangère au vocabulaire constitutionnel. *C'est le signe que cette notion n'a pas le caractère premier qu'on voulait lui attribuer.*

De plus M. Vedel fait remarquer qu'il est impossible de construire le droit administratif sur une notion principalement matérielle alors que le droit constitutionnel, fondement de l'ordre juridique et source des pouvoirs des gouvernants recourt à peu près exclusivement à des notions et à des critères formels ou organiques. Si l'on part du principe qu'il existe un abîme entre le régime juridique de la loi et celui du règlement, abîme que la notion de lois matérielles est impuissante à combler, le service public, notion essentiellement matérielle ne peut servir de critère premier. M. Vedel donne un exemple. Pourquoi les litiges relatifs aux intérêts de carrière des fonctionnaires des Assemblées ou à l'organisation de leur recrutement échapperaient-ils au juge? C'est que ces litiges mettent en cause des actes

(97) Traité de droit constitutionnel, 3^e édition, T. I, pp. 174-175.

(98) Dans le même sens, Julien LAFERRIÈRE, « Manuel de droit constitutionnel », 2^e édition, p. 1 et s., PRELOT, « Précis de droit constitutionnel », 2^e édition, n^{os} 1 et s., G. VEDEL, « Précis de droit constitutionnel », p. 1 et s., Paul BASTID, « Les Institutions politiques et la monarchie parlementaire française », p. 3 et s.

n'émanant pas d'une autorité administrative. « Mais si le critère du service public avait la portée qu'on lui a prêtée, ne devrait-on pas considérer précisément que les autorités parlementaires, lorsqu'elles agissent pour l'organisation ou le fonctionnement d'activités incontestablement semblables à des activités administratives prennent la qualité d'autorités administratives ? » (article précité, p. 32).

A ce niveau d'analyse, il convient de faire remarquer que M. Vedel a incontestablement innové : Hauriou avait sans doute insisté sur les bases constitutionnelles du droit administratif (par exemple « les bases constitutionnelles de la faute de service ») mais il n'avait pas fondé rigoureusement son hostilité aux thèses du service public (hostilité nuancée et partielle) sur des bases constitutionnelles. M. Vedel a été ici plus rigoureux et a forgé une analyse qui, en allant dans la direction des thèses d'Hauriou, se sert d'instruments que celui-ci aurait vraisemblablement désapprouvé. En effet, toute la démonstration de M. Vedel repose sur l'incompatibilité entre le point de vue formel de la Constitution et le point de vue matériel du service public. Or, *Hauriou contre Carré de Malberg niait la cohérence et la vérité du point de vue formel.*

On peut vérifier cette assertion sous trois angles :

— *D'abord* Hauriou était très opposé, on l'a vu (99), à la théorie de la souveraineté nationale qui est à la base de la doctrine de Carré de Malberg. Il entend lui substituer la théorie de l'investiture. Ce n'est pas selon lui la nation qui se gouverne mais la nation qui est gouvernée. Par qui est-elle gouvernée, sinon par l'exécutif et le législatif réunis qui forment le gouvernement ? (100). Dans cette perspective, il est clair que le point de vue organique et formel perd de son importance puisqu'il servait à distinguer la loi de l'acte de l'exécutif et que dans la perspective d'Hauriou l'exécutif et le législatif sont constitutionnellement confondus.

— *Ensuite*, il faut se souvenir de toute l'importance qu'accordait Hauriou à certains principes de la civilisation sédentaire qu'il considérait comme supra-constitutionnels et en tant que tels devant s'imposer à tous (101). *Ici il est clair que la norme juridique ne peut se définir par l'organe qui l'a émise.* Hauriou le premier a présenté la jurisprudence des circonstances exceptionnelles comme une consécration de supériorité de la Constitution sur la loi ordinaire (102).

Mais Hauriou n'emploie pas le terme de Constitution dans son sens formel. Il estime, on l'a vu, que la Constitution française comprend non seulement les dispositions procédurales des trois lois de 1875 mais

(99) Introduction, section II, paragraphe 5.

(100) Sur tous ces points, référence précédente.

(101) Sur ce point, voir Première partie, chapitre I, section II, § 3 et Deuxième partie, chapitre I, section II, sous-section II.

(102) Dans le même sens, M. Waline qui pense que soit dans des circonstances exceptionnelles, soit en raison d'une lacune législative, il peut se faire que la sauvegarde des lois, c'est-à-dire de l'Etat, exige le sacrifice d'une loi. Note sous Dehaene 7-750, R.D.P. 1950, p. 691.

encore un ensemble de principes non écrits qui constituent des normes supérieures aux lois ordinaires. Ces principes définissent « les conditions nécessaires d'existence de l'Etat dont on peut bien dire qu'elles sont plus fondamentales encore que les règles positives de la constitution écrite » (103).

Dans sa note sous l'arrêt Heyriès (104), Hauriou déclare encore que « dans le temps de crise, les lois des services publics prennent une importance prépondérante et... le pouvoir exécutif a le devoir d'en assurer l'exécution malgré les autres lois dont l'application pourrait entraver la marche du service ».

Comment entendre ces « lois de service public » autrement que dans le sens matériel ? Hauriou fait manifestement allusion ici au principe général de continuité de l'Etat (105).

— *Enfin plus clairement encore*, Hauriou semble avoir aperçu les conséquences logiques de sa position : « L'essentiel est de rompre avec cette idée absurde que toutes les lois seraient pareilles. Il y a déjà l'exemple des lois constitutionnelles qui sont hors classe : voici maintenant l'exemple donné par la loi militaire du 7 août 1913, de dispositions de lois qui ne peuvent être modifiées par voie budgétaire; nous avons rencontré il y a quelque temps une distinction à faire entre les lois qui seraient simplement permissives ou indicatives (106). Pourquoi n'y aurait-il pas aussi une distinction entre des lois fondamentales et des lois ordinaires ? Il n'est pas dit que le statut de l'Etat ne puisse être fixé que par des lois en forme constitutionnelle, ni qu'il ne puisse être fixé que par le Parlement » (note sous Winkell).

On ne saurait être plus clair : le point de vue organique et formel est parfaitement dédaigné par Hauriou. Du point de vue formel qui est décisif aux yeux de Carré de Malberg, toutes les lois sont pareilles puisque émanées du même organe. Hauriou imperturbablement répond : toutes les lois ne sont pas pareilles.

Manifestement donc, Hauriou aurait désapprouvé l'analyse du Doyen Vedel qui, pour démontrer un point de vue exact, l'impérialisme abusif de l'Ecole du Service public, se sert de l'instrument formel qui est faux (dans la perspective d'Hauriou) (107).

Mais M. Vedel parvient aux mêmes conclusions qu'Hauriou qu'il cite abondamment « Un premier point paraît certain : sur la base des principes constitutionnels, l'administration se définit d'abord

(103) Note sous l'arrêt Winkell, S. 1909, III, 145, notes d'arrêts, III, p. 170.

(104) S. 1922, III, 49, notes d'arrêts, I, p. 78.

(105) Dans le sens de notre interprétation Nizard (Thèse précitée) qui pense aussi que pour Hauriou le principe de continuité des services publics doit triompher au besoin des lois organisant les services publics et la condition des agents publics (Nizard, Thèse précitée, p. 250), Mestre fait la même analyse en la fondant sur la Constitution de 1791 qui fait du roi le chef suprême de l'administration du royaume. Note sous Sellier, C.E. 5 décembre 1941, 208.

(106) V. C.E. 26 janvier 1912, Blot, S. 1913-3-17 et la note de M. Hauriou.

(107) Nous croyons, malgré la Constitution de 1958, que le point de vue formel a encore une très grande importance et nous approuvons donc encore les analyses de M. Vedel qui datent de 1954.

par référence au pouvoir exécutif » (108). La tâche d'administration ainsi reliée à la notion de pouvoir exécutif comporte deux sortes d'objectifs. *Le premier objectif* est le maintien de l'ordre public qui permet aux activités privées de satisfaire un certain nombre de besoins en se déplaçant dans un milieu pacifique. Cette analyse est exactement celle d'Hauriou (109).

Le second objectif est le fonctionnement des services publics. Ici encore Hauriou aurait approuvé ce point de vue (110).

Mais ainsi que le dit M. Vedel, caractériser l'administration comme une activité du pouvoir exécutif serait insuffisant si l'on n'ajoutait que toute activité des organes participant au pouvoir exécutif doit pour avoir le caractère administratif s'exercer par des procédés de puissance publique, notion qui n'a rien de mystérieux. « Elle est tout simplement la conséquence d'une croyance sociale passée en force de règle juridique ceux qui directement ou indirectement agissent au nom de la nation ont des compétences que les simples particuliers ne détiennent pas » (111). Ici encore, il suffit de lire la préface de la 11^e édition du Précis de droit administratif pour constater que Hauriou n'avait rien dit de plus : *Bien loin de faire de la puissance publique une notion métaphysique, supérieure et antérieure aux gouvernés, il la limite et en fait un simple instrument au service de l'ordre, c'est-à-dire de la vie privée des gouvernés.*

Au total que conclure ?

Il est évident que le Doyen Vedel a très largement utilisé sans jamais s'en cacher, les analyses d'Hauriou sur ce point.

Il est non moins évident que la technique même de son argumentation reposant sur le point de vue formel est étrangère aux perspectives d'Hauriou.

Hauriou nous disait essentiellement que les principes généraux de la civilisation sédentaire devaient tout dominer la constitution, la loi, la vie administrative, la jurisprudence. Ainsi fondait-il la cohérence du régime civil en l'adossant à la puissance publique et au service public, aucune de ces deux notions n'étant considérée comme exclusive, ces deux notions dans leur combat devant finalement servir les principes généraux de la civilisation sédentaire.

M. Vedel reconnaît lui aussi la valeur incontestable mais seconde de la notion du service public en l'adossant à la constitution envisagée sous le point de vue organique et formel. *L'analyse est différente mais les buts poursuivis sont les mêmes.* L'innovation a permis de mieux asseoir, ou tout au moins d'asseoir autrement les théories d'Hauriou. Deux ou plusieurs démonstrations sont toujours plus convaincantes qu'une seule.

(108) Article, p. 41.

(109) Voir deuxième partie, chapitre I, section I.

(110) Voir première partie, chapitre II, section II, en entier.

(111) Article, p. 42.

PARAGRAPHE 2

L'analyse de M. Rivero.

Contrairement à M. Vedel, M. Rivero ne développe pas de façon systématique l'idée que le droit administratif doit être adossé au droit constitutionnel. Mais les analyses de M. Rivero vont tout à fait dans ce sens.

A propos des conceptions de M. Vedel, il écrit « Le droit administratif est d'après lui, le corps de règles autonomes applicables à l'activité du pouvoir exécutif comportant l'exercice de la puissance publique. Il y a dans cette conception une large part de vérité; on a déjà souligné l'importance dans le système administratif français des prérogatives de puissance publique » (112).

En effet, M. Rivero a souligné que le but de l'administration étant l'intérêt public, il est normal que cet intérêt public suppose des moyens de vaincre les résistances et malgré l'opposition des particuliers, poursuivre l'exécution des décisions. Sans doute le recours aux procédés autoritaires n'est-il pas indispensable. Ainsi l'administration peut-elle utiliser la technique du contrat. « Mais la décision unilatérale reste le procédé le plus caractéristique de l'action administrative et le plus fréquent » (p. 9).

Mais le Professeur Rivero pense que toutes les particularités du droit administratif ne paraissent pas réductibles à la seule puissance publique ou tout au moins à ce qu'il appelle « la puissance publique en plus ». Dans son article à la Revue du droit public de 1953 (113), il estime qu'avec une administration puissante coexiste « une administration ligotée ». *En effet l'administration ne peut pas tout faire, à n'importe quel moment, dans n'importe quelle forme et dans n'importe quelle condition.* Le droit administratif impose souvent à l'administration des obligations beaucoup plus strictes que celles que le droit privé fait peser sur les particuliers; par exemple ceux-ci choisissent librement le but de leurs activités, alors que l'administration est astreinte à la poursuite du seul intérêt général; ils choisissent librement leurs co-contractants alors que pour l'administration ce choix fait une grande part à des procédures de désignation automatique. « On pourrait multiplier les exemples de ces dérogations au droit commun qui font l'administration non plus puissante, mais plus liée que les particuliers entre eux. La quasi-totalité des règles du droit administratif peut se ramener à l'une ou l'autre de ces dérogations au droit privé, — dérogations en plus et dérogations en moins — les unes et les autres explicables au demeurant par les nécessités de l'intérêt général et parfois par celles du service public » (114).

(112) Précis de droit administratif, p. 30, 1961.

(113) « Existe-t-il un critère du droit administratif ? »

(114) Précis, p. 32.

Si l'on rapproche cette analyse de M. Rivero de l'analyse globale que faisait Maurice Hauriou du régime administratif et qui se définissait par la dialectique de la puissance publique et de ses auto-limitations, on ne peut manquer d'être frappé par la similitude des analyses.

A un point de vue, M. Rivero est moins proche d'Hauriou que M. Vedel puisqu'il ne développe pas l'idée de liaison du droit constitutionnel et du droit administratif. Encore doit-on remarquer qu'il approuve en grande partie ces analyses.

A un autre point de vue, il est beaucoup plus proche d'Hauriou. Car M. Vedel a beaucoup insisté sur la puissance publique en n'en retenant au départ que le « en plus » (115). M. Rivero a senti la nécessité de nuancer ce point de vue. Or, ce faisant, il est allé exactement dans le sens des analyses d'Hauriou pour qui la puissance publique, instrument au service de la vie privée, *s'auto-limite d'elle-même*.

Il existe pourtant une différence entre les analyses : Selon Hauriou, la puissance publique s'auto-limite par le service public (116). Selon M. Rivero, la puissance publique est quelquefois compensée par le service public, quelquefois tout simplement par les nécessités de l'intérêt général (voir citation ci-dessus). Hauriou n'avait pas songé à préciser les obligations très strictes qui pèsent sur l'administration. M. Rivero insiste sur cet aspect. *Les différences sont sensibles : mais globalement les ressemblances l'emportent largement sur les différences.*

Pourtant M. Rivero n'a pas ici clairement invoqué la paternité d'Hauriou. La raison semble en être qu'entre Maurice Hauriou et M. Rivero se sont interposés M. André Hauriou et surtout M. Achille Mestre.

— *M. André Hauriou*, on l'a déjà noté, avait le premier conçu, dans la 12^e édition du Précis, l'action administrative comme un ensemble de privilèges et de limites à ces privilèges.

— *M. Achille Mestre*, on l'a vu également, avait aussi dans son cours de droit administratif conçu un chapitre sur « Les limites de l'action administrative ». Or, Achille Mestre fut le maître direct de M. Rivero. La lignée intellectuelle est ici flagrante. Mais il convient de souligner pour conclure que si l'idée générale du « en moins » était décelable dans l'œuvre de devanciers, les analyses de M. Rivero ont été les premières à la démontrer de la façon la plus rigoureuse et la plus précise. Les instruments de la démonstration ne se trouvent nulle part ailleurs.

SOUS-SECTION IV

LE SERVICE PUBLIC ET LA PUISSANCE PUBLIQUE

Le désaccord de Duguit est ici encore flagrant (§ 1). Mais la doctrine contemporaine incline dans le sens des analyses d'Hauriou (§ 2).

(115) Par la suite, il a parfaitement admis l'analyse nuancée de M. Rivero : voir article précité, E.D.C.E. 1954, p. 43.

(116) Voir préface, 11^e édition du « Précis de droit administratif ».

PARAGRAPHE I

Le désaccord de Duguit.

Duguit estime que le premier élément social qui doit entrer dans la construction de la théorie de l'Etat « est assurément la collectivité... La notion est le milieu social dans lequel se produit le fait d'Etat » (117).

Le second élément de l'Etat est ce qu'il appelle la différenciation entre gouvernants et gouvernés, c'est-à-dire la séparation dans un groupement social d'individus qui ont une plus grande force que d'autres individus et qui, en fait, peuvent imposer aux autres individus leur volonté par cette plus grande force. Mais si les gouvernants sont des individus investis d'une volonté, cette volonté a-t-elle une essence spéciale ? Duguit répond vigoureusement par la négative parce que « la volonté de certains individus est d'une essence supérieure à la volonté de certains autres, c'est formuler une affirmation d'ordre métaphysique inacceptable en science positive. *Ainsi se trouve écartée la notion de souveraineté ou de puissance publique* » (118).

Immédiatement ici, il convient d'observer que Duguit ne prend pas à partie Hauriou à propos de la notion de puissance publique. Il vise, en réalité, l'Ecole allemande du droit subjectif dont on a vu dans le paragraphe I qu'elle voulait adosser à la personnalité de l'Etat sa toute-puissance éminente d'une nature spéciale, pouvant s'imposer comme telle sans discussion aux gouvernés avec pour seule garantie une autolimitation que Duguit considère avec raison comme un leurre.

Hauriou n'a jamais affirmé une telle position puisqu'à l'autolimitation subjective et sans garanties de l'Ecole allemande de la Herrschaft, il substitue une autolimitation objective qui ne laisse qu'une liberté relative à la puissance publique. Si Duguit n'a pas pris directement à partie Hauriou sur ce point, c'est donc que celui-ci n'avait pas une conception métaphysique de la puissance publique : il la considérerait comme un simple fait qu'il serait vain de vouloir oublier.

Sur ce point, Duguit semble avoir voulu esquiver le problème : il déduit sommairement qu'il faut écarter la puissance publique, de la simple constatation que la volonté des gouvernants ne saurait être d'un caractère supérieur. Mais Hauriou aurait beau jeu de répondre que lui aussi considère que la puissance publique n'est pas métaphysiquement supérieure aux gouvernés mais qu'elle existe, que Duguit le veuille ou non. Cela se manifeste par exemple par le privilège du préalable ou par l'existence de contrats administratifs qui peuvent donner à l'administration jusqu'à un pouvoir de modification unila-

(117) *Op. cit.*, Tome II, p. 2.

(118) *Op. cit.*, Tome II, p. 3.

térale (119). *Hauriou est plus réaliste quand il se contente de reconnaître le fait de la puissance publique.*

Mais plus encore. Duguit ne le reconnaît-il pas lui aussi de la façon la plus évidente quand il oppose la force des gouvernants et l'obéissance des gouvernés ? Cette force est un fait qu'il est impossible de méconnaître. Il est illogique, après avoir reconnu l'évidence de la force des gouvernants, d'écarter la notion de puissance publique. Si le terme déplaît à Duguit en raison de ses résonances métaphysiques, il n'y a plus qu'une simple querelle de mots : contrairement aux apparences, Duguit et Hauriou sont sur ce point précis plus rapprochés qu'éloignés. On en trouvera une confirmation dans l'assertion de Duguit : « Par là, on est ramené à l'élément essentiel de tout Etat : la plus grande force. Elle peut être matérielle ou morale, mais même lorsqu'elle n'est que morale, elle se traduit toujours par une *puissance de contrainte* » (120). On croirait lire Hauriou ! Seuls, les commentateurs superficiels ont pu ici opposer la pensée des deux Doyens (121).

Au fond, ce que Duguit craignait, c'était de favoriser une certaine conception de la puissance publique qui avait imprégné non seulement l'Ecole allemande mais encore la doctrine française du XIX^e siècle et qui était encore défendue par Berthélémy (122). Berthélémy entendait encore au XX^e siècle défendre la vieille distinction des actes d'autorité et des actes de gestion, reconnaissant à certains fonctionnaires le pouvoir de détenir « de la puissance publique ».

Duguit reprochait à Berthélémy de n'être pas logique avec lui-même. En effet, celui-ci, avec Duguit, niait la personnalité de l'Etat, mais maintenait fermement la notion de puissance publique assortie de la distinction autorité-gestion.

« Cela me paraît contradictoire; si Berthélémy nie la personnalité de l'Etat, je ne comprends pas comment il reconnaît certains fonctionnaires comme détenteurs de la puissance publique, car ces fonctionnaires n'ont qu'une volonté individuelle et cette volonté individuelle ne peut être une volonté de puissance. Les fonctionnaires ne peuvent avoir une puissance que s'ils sont les agents d'une personne collective supérieure; or, Berthélémy nie, et il a raison, l'existence de cette personne » (123).

(119) Voir article de M. de Laubadère, R.D.P. 1954-36 confirmé largement par une jurisprudence récente « Distillerie de Magnac-Laval », D. 1958-730, note de Laubadère.

M. de Laubadère est sur ce point aussi peu « duguiste » que possible puisque le Doyen de Bordeaux refusait de reconnaître la catégorie des contrats administratifs. *A fortiori*, Duguit eût-il désapprouvé l'analyse de M. de Laubadère — rigoureusement exacte — tendant à les différencier davantage des contrats de droit commun.

(120) *Op. cit.*, Tome II, p. 3.

(121) Peut-être aussi Duguit très implicitement. Mais dans ce cas il se trompe. Hauriou s'est toujours contenté d'affirmer *le fait* « puissance publique ».

(122) « Défense de quelques vieux principes », in *Mélanges Hauriou*.

(123) *Op. cit.*, Tome II, p. 34.

Le raisonnement de Duguit est en effet d'une impeccable logique mais son reproche ne pouvait s'adresser à Hauriou qui admettait en partie la nécessité de la théorie de la personnalité morale (124).

Mais Duguit opère un *distinguo* entre le fait et le droit que nous réussissons très mal à comprendre. Il affirme (p. 35) « La puissance gouvernante existe donc et ne peut pas ne pas exister. Seulement je nie qu'elle soit un droit ». Que peut signifier cette distinction ? Comment peut-on distinguer le fait évident de la puissance publique du droit ? Qu'est-ce que le droit pur ? Il semble bien qu'à la limite le droit pur n'est plus qu'un résidu de deux principes de la logique formelle : le principe d'identité et le principe de non-contradiction. *Cette distinction entre le droit et le fait nous paraît ici — et le raisonnement se répète souvent dans l'œuvre de Duguit — parfaitement insignifiante au sens fort du terme.* Sur le point précis qui est débattu, reconnaître que la puissance gouvernementale est un fait, c'est reconnaître qu'elle peut prendre certaines décisions et les imposer aux particuliers. Dire alors qu'elle n'en a pas le droit n'a plus de sens.

Duguit protesterait d'ailleurs vigoureusement contre notre critique en affirmant qu'elle n'en a pas le droit tant qu'elle n'est pas en conformité avec la règle de droit antérieure et supérieure à l'Etat. « Ces déclarations de volonté des gouvernants n'ont de valeur que dans la mesure où elles sont conformes à la règle de droit... qui s'impose à tous les membres d'une société parce qu'elle en est l'armature » (125). Dans sa perspective, les déclarations de volonté des gouvernants ne sont plus l'exercice d'un droit dont une personne serait titulaire, ni cette personne, ni ce droit n'existent. Les déclarations de volonté des gouvernants ont, pour lui, une valeur sociale dans la mesure où elles sont conformes au droit objectif et seulement dans cette mesure.

Or, après Hauriou, il est facile de reprocher à Duguit ici d'introduire, quoiqu'il s'en défendit, des valeurs de droit naturel dans le droit positif. *Qui peut dire exactement ce qu'est cette règle de droit objectif qui s'imposerait à tous ?* Duguit la dégage selon sa vision des choses. D'autres en dégageront une autre. *En somme, un renversement se produit ici : On disait de Duguit qu'il était réaliste et d'Hauriou qu'il était un peu trop métaphysicien.* C'est ici Hauriou qui semble avoir raison : La puissance publique est pour lui un fait qu'il ne faut pas nier et qui ne signifie nullement que les gouvernants sont d'une essence supérieure aux gouvernés. *Le réalisme est de son côté. Duguit, au contraire, adosse son système à la Règle de droit objectif, notion vague s'il en est et indémontrée.*

Mais les positions des deux auteurs ne sont pourtant pas très éloignées. Dans la préface à la 6^e édition du Précis de droit administratif, Hauriou écrit : « Ainsi le moment est venu d'envisager l'Etat non

(124) Voir paragraphe 1 de cette sous-section.

(125) *Op. cit.*, Tome II, p. 35.

plus comme une souveraineté, non plus comme une loi, mais comme une institution ou un ensemble d'institutions ou plus exactement encore comme l'institution des institutions; et bien entendu, nous n'irons pas dire : Il n'y a plus de souveraineté ou bien il n'y a plus de loi, ou encore la souveraineté ou la loi ne sont plus des éléments essentiels de l'Etat; nous tenons toujours la souveraineté ou la loi pour des éléments essentiels de l'Etat, mais ils ne sont plus au premier rang et ne jouent plus le premier rôle dans la combinaison pratique des forces ». Duguit a peut-être tort d'affirmer que la théorie de l'institution est un effort vers le droit objectif dans la mesure où celle-ci inclue à côté de l'autolimitation objective de la puissance publique, la personnalité de l'Etat. *Mais il y a une part de vérité dans cette affirmation de Duguit car il est clair qu'Hauriou a toujours trouvé sympathiques les tentatives de « soustraire le droit public aux théories du droit civil et pour le fonder tout entier sur des notions objectives »* (126). Seulement, Hauriou, toujours fidèle à son pluralisme et à sa vocation médiane, refusait d'aller jusqu'au bout de cette réaction anti-subjectiviste car la société lui paraissait former un complexe de droit subjectif et de droit objectif. La position des deux Doyens apparaît donc ici encore plus rapprochée qu'on ne le croit généralement.

Cependant, non seulement la position d'Hauriou est plus réaliste, mais encore elle est plus cohérente. En effet, d'une part, Duguit dit que, pour être valable, le commandement des gouvernants doit être conforme à la règle de droit objective; d'autre part, il affirme (p. 44) que, dans la plupart des pays modernes, les actes de contrainte ne peuvent être faits que dans les limites de la légalité. « Qu'on ne croie cependant pas que l'acte de contrainte échappe à la prise du droit. Dans les pays qui sont parvenus, comme la plupart des pays modernes, à la notion de légalité, cet acte de contrainte ne peut être fait que dans les limites fixées par la loi. Seuls peuvent être employés les moyens de contrainte déterminés par la loi et seulement dans les conditions légales ».

Ainsi Duguit reconnaît implicitement que ce n'est pas la conformité à « la Règle de droit objective » qui rend valables les actes de la puissance publique mais leur conformité à la légalité. Si seuls les moyens de contrainte limités et éventuellement édictés par la loi sont valables, c'est désormais la loi qui protège et qui garantit, ce n'est plus la règle de droit. *La contradiction entre les deux idées est ici manifeste, au point qu'on ne sait plus exactement quelle est sa position véritable.* Il existe cependant un moyen de concilier la contradiction si on considère que la loi qui limite la contrainte et donc en partie la permet n'est elle-même valable dans l'esprit de Duguit que si elle s'adosse à la règle de droit objective, par lui dégagée et qui demeure non démontrée...

(126) Note sous l'arrêt Ville de Paris contre Chemins de fer d'Orléans, S. 1909, III, p. 97.

Cette règle de droit objective s'apparente à ce point au droit naturel que Duguit éprouve le besoin de limiter par d'autres moyens encore la puissance publique.

Selon le Doyen Duguit, il y a encore une double limitation à ce pouvoir de contrainte qui n'est autre que la puissance publique :

— Une limite territoriale imposée de fait par l'établissement de sociétés civilisées sur des territoires déterminés.

— Une limite dans l'objet qui est l'organisation et le contrôle du service public.

Seule, la seconde limitation intéresse ici nos développements proprement administratifs.

Dans l'intérieur de la nation, dans la limite du territoire occupé par elle, les gouvernants différenciés des gouvernés et monopolisant la force doivent, selon le Doyen Duguit, employer cette force pour organiser et contrôler le fonctionnement des services publics. « Ainsi les services publics *sont un des éléments* de l'Etat... qui est une coopération de services publics organisés et contrôlés par les gouvernants » (127).

On remarque immédiatement une contradiction :

— Ou bien les services publics sont *un des éléments de l'Etat*. La position de Duguit ne diffère donc pas de celle d'Hauriou qui accordait une importance très grande, plus forte par moment, moins forte à d'autres, à la notion de service public (128).

— Ou bien l'Etat est une coopération de services publics, c'est-à-dire que les services publics deviennent tout dans l'Etat et c'est là une position que le Doyen Hauriou ne pouvait que refuser car dans son monisme elle excluait tout autre caractère de l'Etat et notamment la puissance publique.

Duguit donne alors une définition de la notion de service public : « C'est toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante » (129).

Il faut reconnaître que si cette définition apparaît suggestive en droit public général et en droit constitutionnel, elle est d'un faible secours en droit administratif : elle est trop vague pour constituer un critère. Il est rigoureusement impossible à partir de la définition de Duguit de faire de la notion de service public un critère relativement sûr de répartition des compétences.

Quelles sont en effet ces activités dont l'accomplissement constitue pour les gouvernants une obligation ? A cette question, Duguit recon-

(127) *Op. cit.*, Tome II, p. 54.

(128) Voir première partie, chapitre II, section II.

(129) *Op. cit.*, Tome II, p. 55.

naît qu'il ne peut faire de réponse fixe. Il y a là, dit-il, quelque chose d'essentiellement variable, d'évolutif au premier chef et qu'il est même difficile de fixer le sens général de cette évolution. Il reconnaît que « le service de la guerre, le service de police et le service de justice » sont tous les trois depuis longtemps érigés en service public. Mais il remarque que d'autres services d'ordre technique manifestent de plus en plus que les gouvernants ne sont plus les organes d'une personne collective qui commande; ils sont les gérants d'affaire de la collectivité » (130). Une série de conséquences lui paraissent découler de cet aperçu et, en particulier, l'avenir de la décentralisation territoriale (car avec le développement de ces services, l'Etat ne peut pas tout faire à la fois), d'une décentralisation fonctionnariste et enfin le principe même de la responsabilité de l'Etat car si le service public fonctionnant dans l'intérêt de tous cause un préjudice spécial à quelques-uns, il est légitime, selon Duguit, que la réparation soit supportée par tous (131).

Enfin, Duguit reconnaît à juste titre ce qui contribue à rendre plus vague encore sa définition que le caractère de service public n'implique pas un monopole au profit des gouvernants ou de leurs agents et que certaines activités de service public peuvent librement être exercées par les particuliers : l'enseignement et l'assistance en seraient deux exemples.

Duguit est donc convaincu du caractère très vague de sa définition. Il ne l'en maintient pas moins contre Jèze qui écrit que « pour résoudre la question de savoir si dans tel cas donné le procédé du service public est effectivement employé, il faut rechercher uniquement l'intention des gouvernants » (132).

Cette proposition est combattue par Duguit — très logique ici avec lui-même — dans la mesure où elle est contraire à sa théorie générale selon laquelle le droit n'est pas pure création de l'Etat mais au contraire vient limiter l'Etat.

On a souvent retenu de la querelle des deux grands Doyens de Bordeaux et de Toulouse que l'un était hostile au service public et que l'autre défendait cette notion. Il convient de nuancer très fortement ce point de vue. Ici encore, la position des deux maîtres est plus rapprochée qu'éloignée.

On sait déjà que Maurice Hauriou n'était pas hostile à la notion de service public et que dans la « mêlée » dialectique que nous avons dû trouver, selon les moments, puissance publique ou service public prédominaient. Ce n'est que dans la dernière période de sa vie que le Doyen a définitivement laissé dominer la notion de puissance publique tout en reconnaissant à la notion de service public la qualité de « notion maîtresse du droit administratif français » (133).

(130) *Op. cit.*, Tome II, p. 60.

(131) Sur tous ces points, voir paragraphes suivants.

(132) JÈZE, « Principes généraux du droit administratif », 1914.

(133) Préface 11^e édition du Précis de droit administratif. Voir première partie, chapitre II, section II.

Ceci apparaît tellement évident aujourd'hui qu'on avoue ne pas comprendre comment certains auteurs ont durci à ce point la thèse d'Hauriou.

Duguit, lui, ne s'y était pas trompé : la preuve en est qu'après avoir énoncé sa théorie de l'Etat en huit paragraphes il envisage dans un 9^e paragraphe « Les critiques dirigées contre ma doctrine ». Dans le cadre de ce paragraphe, il reconnaît que si sur certains points, Hauriou et lui-même sont en désaccord, sur d'autres très essentiels ils sont en parfait accord. *Mais Duguit ne range nullement le service public dans la catégorie des questions en litige avec son collègue de Toulouse.*

Duguit, au fond, reconnaissait honnêtement le caractère vague de sa définition relative au service public et se montrait fort prudent. *En réalité, la querelle du service public ne s'est pas déchaînée entre Hauriou et Duguit mais entre Hauriou et Jèze.*

La prudence de Duguit ne fut pas partagée par Jèze. Hauriou le remarque ironiquement : « M. Jèze qui est un peu l'enfant terrible de l'école laisse voir dans son article le défaut de la cuirasse du système. Il a tenu à définir ex cathedra la notion du service public, cette nouvelle idée maîtresse du droit public omnis definitio periculosa. Jamais l'antique adage ne fut mieux vérifié » (134). C'est alors, on l'a vu, que Maurice Hauriou se déchaîne : Jèze voulant faire reposer la notion de service public sur deux idées (le procédé de droit public et la possibilité constante des modifications du service public) il est facile au Doyen de Toulouse de faire apparaître la notion de puissance publique derrière chacune de ces deux idées. *Comme dit Hauriou, « M. Duguit s'était tenu à une formule générale bien plus prudente ».*

Duguit, logicien moniste, aurait peut-être pu durcir sa théorie du service public : il ne l'a pas fait car il en avait senti les faiblesses. Sa prudence et son refus d'exclusivisme en la matière permettent de rapprocher facilement sa théorie de celle d'Hauriou.

PARAGRAPHE 2

L'accord actuel de la doctrine.

Jèze, avec une certaine imprudence, on l'a vu, avait fait du service public le critère même de la répartition juridictionnelle des compétences (135).

Ce qu'Hauriou reprochait à la défense de Jèze c'était la vocation impérialiste du critère de service public avec sa prétention à expliquer la totalité du droit administratif. Mais Hauriou reconnaissait la grande utilité de cette notion. Qui de Jèze ou d'Hauriou a raison aujourd'hui ? Il semble bien que l'exclusivisme de Jèze le conduisait

(134) Préface de la 11^e édition du Précis de droit administratif.

(135) Voir première partie, chapitre II, section II.

à l'erreur comme le souci des nuances de Hauriou conduisait celui-ci à la vérité. Aujourd'hui, on peut dire que, mis à part l'article de M. le Président Latournerie (136), la direction générale de la doctrine ne va pas dans le sens exclusiviste de Jèze. Ceci est évident pour MM. Rivero, Vedel et Waline qui reconnaissent — tout comme Hauriou — l'utilité et l'importance de la notion de service public, « notion maîtresse », reconnaissent — comme Hauriou — son impuissance à jouer le rôle de critère général du droit administratif (137) et lui assignent un rôle second mais par rapport à la puissance publique. Mais ceux là même qui avaient tendance à défendre la notion de service public, le défendent de la même façon nuancée : M. Charlier (138) lui reconnaît une valeur de présomption, tout le droit n'étant qu'un mécanisme de présomption. Les éléments de cette présomption sont alors partiellement déterminés par le but du législateur et partiellement par les prérogatives mises entre les mains de l'administration.

De même, M. de Laubadère reconnaît franchement que le service public ne peut plus jouer le rôle de critère général de répartition des compétences, mais qu'il est devenu une simple notion-carrefour capable d'expliquer nombre de solutions récentes en matière de domaine (arrêt Dauphin), de fonction publique (arrêt Lauthier), de contrat (arrêt époux Bertin). Au delà des querelles d'écoles, il apparaît immédiatement à un tiers non prévenu que seules quelques nuances séparent les divers auteurs contemporains :

— *Ils admettent tous l'importance de la notion de service public, « notion maîtresse » qu'il faut, il est vrai, combiner sans cesse avec la notion de puissance publique.*

— *Ils en admettent tous largement les faiblesses et se gardent bien de tout exclusivisme.*

Or, ces deux idées sont les deux idées essentielles du Doyen Hauriou. Notre auteur pouvait d'autant moins risquer sur ce point d'être démenti par les événements qu'il avait cette vision très complexe et pluraliste du droit public et de la société tout entière.

Un seul auteur semble faire exception à cette unanimité : Le Président Latournerie dans son article « Sur un Lazare juridique; bulletin de santé de la notion de service public; agonie, convalescence ou jouvence » (139). Mais la lecture de son article dissipe cette impression initiale. Sans doute, le Président Latournerie accorde-t-il une grande importance à cette notion. Mais lorsqu'il s'agit de nous en proposer un critère cohérent, il exprime l'idée — fondamentale à ses yeux — que la notion découle de « la corrélation entre les exigences du but du service et l'importance de la dose de droit public incluse

(136) E.D.C.E. 1960, « Sur un Lazare juridique ».

(137) Voir articles précités dans la section I de ce chapitre.

(138) Article au J.C.P. 1953 sur « Le service public industriel et commercial » et cours (non polycopié) de Doctorat de l'année 1960-61 et 1961-62.

(139) E.D.C.E. 1960, p. 61.

dans le régime du service » (140). Il estime que « cet élément de la définition offre ainsi à la jurisprudence une base solide pour donner, dans chaque cas ou ensemble de cas, par catégories de services, la formule de l'alliage de droit public et de droit privé qui caractérise le droit moderne » (*ibidem*).

Ce n'est plus la position de Jèze de la notion de service public qui renvoyait aux procédés de droit public, ce qui revenait à reconnaître involontairement la suprématie de la notion de puissance publique. La position du Président Latournerie est une position médiane très proche du Doyen Hauriou : *En effet, il combine au sein même de la notion de service public l'idée de but et l'idée de moyens et c'est, on l'a vu, la méthode d'Hauriou pour qui but équivalant à service public et puissance publique à moyens, but et moyens devaient être sans cesse combinés dans l'analyse* (141).

Le tout est de savoir si le Président Latournerie ne complique pas les choses par la signification nouvelle qu'il prête à une terminologie ancienne. Traditionnellement, la notion de service public s'identifiait à celle de but. Or, le Président Latournerie entend définir le service public par la corrélation entre le but et les moyens, ce qui conduit à une extension sans précédent de la notion initiale de service public. M. Latournerie semble vouloir seulement dire qu'il y a service public quand il y a une certaine corrélation entre le but du service public et les moyens de puissance publique mis en œuvre pour accomplir ce but. Or, c'est une bien vieille analyse qui remonte à Hauriou. Était-il indispensable de gonfler à outrance la notion de service public pour parvenir à un résultat depuis longtemps connu ? Nous pensons une fois de plus, au risque d'être démentis, que les positions des auteurs contemporains sont très proches les unes des autres sur ce point. Le Président Latournerie reproche (p. 86) dans son article précité au Doyen Vedel d'avoir donné une extension excessive à la notion de puissance publique pour faire coïncider son analyse avec la réalité.

En fait, le reproche se retourne aisément contre le Président Latournerie qui gonfle la notion de service public de la substance de la notion de puissance publique faisant perdre ainsi à la notion de service public le peu de spécificité qui lui restait.

Au fond, dans cette querelle du service public, tous les auteurs ne peuvent faire coïncider leurs analyses et la réalité qu'au prix d'une dégradation de la pureté des notions initiales. Cette attitude unanime de la doctrine témoigne bien de la vanité « des notions pures », inutilisables dans la pratique et de la nécessité de combiner entre elles

(140) Article précité, p. 121.

(141) M. Latournerie sera peut-être surpris de ce rapprochement avec la pensée d'Hauriou, lui qui invoque sans cesse le nom de Duguit. Mais Duguit et Hauriou, on l'a vu (*supra*, § 1), ne sont pas tellement éloignés sur certains points. Quoi qu'il en soit, il est incontestable que l'absence d'exclusivisme de M. Latournerie le rapproche fortement de la pensée d'Hauriou en l'espèce.

les notions les plus contradictoires pour serrer de très près le réel. *Le pluralisme actuel de la doctrine qui la conduit à cette analyse nuancée du complexe service public puissance publique est exactement dans la ligne méthodologique d'Hauriou et, par voie de conséquence, sur le fond de la querelle, les analyses contemporaines rejoignent celles du Doyen de Toulouse.*

Sous-SECTION V

LES CATEGORIES FONCTIONNELLES

M. Vedel a toujours été frappé par la grande souplesse de la pensée d'Hauriou. C'est ainsi que dans sa thèse précitée il trouve admirable la « souplesse de la démarche intellectuelle du Doyen Hauriou. Après avoir formulé la théorie de la quatrième ouverture, il se rallie à l'explication que l'erreur de fait peut constituer une violation de la loi. Mais ce n'est que lorsque la jurisprudence rend compte de façon satisfaisante de cette assimilation qu'il l'admet ». Et le Doyen Vedel ajoute en une formule qu'aurait pleinement approuvée Hauriou qui insistait sans cesse sur la relativité de toute théorie « que demeure-t-il de la théorie de l'erreur de fait, cinquième ouverture ? Pour croire qu'elle est totalement inexacte, il faudrait oublier que la vérité de certaines explications juridiques n'est pas absolue mais relative » (142).

M. Vedel veut dire par là qu'elle a été vraie comme une explication interne de l'évolution jurisprudentielle, en ce qu'elle a rendu compte de la tendance naturelle qu'avait le recours pour excès de pouvoir à s'annexer le contrôle du fait et à ne pas se laisser arrêter par la règle des ouvertures.

Quatorze ans et seize ans plus tard dans deux articles (143), le futur Doyen Vedel devait retrouver cette idée et la développer de façon plus systématique.

Le Doyen Vedel pense que le droit administratif, plus peut-être que toute autre discipline juridique, comporte, à côté de notions proprement conceptuelles, des notions fonctionnelles.

On peut dire des premières « qu'elles sont indépendamment de ce à quoi elles servent ». Ainsi en va-t-il par exemple de la notion de « fonctionnaire » au sens du statut de la fonction publique, de celle de commune ou de département, etc... Ces notions peuvent recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels et leur contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes. Elles ne sont pas immuables mais les enrichissements ou les retranchements qu'elles

(142) « Essai sur la notion de cause en droit administratif français », p. 187.

(143) Georges VEDEL, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein », J.C.P. 1948.I. 682, et « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », J.C.P. 1950.I.851.

peuvent subir ne sont pas imputables à leur nature mais à l'évolution des données auxquelles on les applique.

— *Les secondes dites « notions fonctionnelles » procèdent directement d'une fonction qui leur confère seule une véritable unité.* M. Vedel en donne pour exemple la théorie de l'acte de gouvernement. Il est en effet impossible de définir conceptuellement l'acte de gouvernement au sens administratif du mot. Quel caractère commun trouver à la répartition de l'indemnité accordée par un Etat étranger à des nationaux français, la grâce d'un condamné, le brouillage d'émissions radio-phoniques andorranes (144). On peut dresser une énumération des actes de gouvernement mais il n'est pas possible de définir la catégorie des actes de gouvernement sinon en indiquant ce à quoi elle sert « la fonction ».

Sans doute, M. Vedel reconnaît-il que les inconvénients de ce type de notion sont nombreux. Il souligne que ces notions ne sont jamais achevées, que leur contenu ne peut être épuisé par une définition. *De plus les notions fonctionnelles sont appelées à disparaître en se résorbant au moins en partie « dans une synthèse supérieure de nature conceptuelle ».* M. Vedel donne ici l'exemple des actes discrétionnaires. On s'est aperçu qu'il n'existait pas d'actes discrétionnaires mais que tout acte administratif comportait une part plus ou moins grande d'opportunité laissée à l'appréciation de l'administration et une part plus ou moins grande de légalité relevant du contrôle du juge. La théorie des actes discrétionnaires, entendus comme des actes contre lesquels le recours pour excès de pouvoir ne sera pas recevable, a disparu tout en s'intégrant dans la théorie générale selon laquelle le juge dans son examen au fond se trouve limité par l'interdiction de connaître de la pure opportunité (145).

Pourquoi les notions fonctionnelles sont-elles particulièrement utilisées en droit administratif sans être pour autant exclues du droit privé ? (146).

Parce que le droit administratif beaucoup plus jeune, beaucoup plus mouvant et moins achevé y fait nécessairement un plus large appel : en effet, le rôle du juge administratif est à la fois de créer très souvent des règles de droit et en même temps de feindre de tout tirer des lois et des règlements. « Mais il ne peut exposer clairement son point de vue ni découvrir les inévitables modifications de ce point de vue puisqu'il est censé n'avoir comme guide que la loi. Par

(144) Voir les arrêts C.E. 11 août 1944, Boussac ; C.E. 30 juin 1893, Ongel, S. 1895-3-41, note Hauriou ; Gombert, 28 mars 1947, R.D.P. 1947, p. 95, note Waline, arrêt dit Radio-Andorre, T.C. 2 février 1950, S. 1950-3-73, concl. Odent, R.D.P. 1950-410, note Waline, J.C.P. 1950.II.5542, note Rivero.

(145) Mais M. Vedel note que tout ceci suppose une maturation des problèmes qui elle-même ne dépend pas de facteurs juridiques. « Il ne servirait à rien de vouloir la hâter ». Cette maturation ne se produit pas à volonté. Sur tous ces points Vedel, article précité.

(146) M. Vedel cite en droit privé la notion de faute, l'abus de droit, la théorie de la nécessité, la théorie de la cause, etc.

conséquent, en certains domaines qui vérifient particulièrement ces constatations, il devra recourir à des notions très souples dont la véritable unité sera empruntée à ... la fonction qui leur est assignée ».

M. Vedel applique cette analyse à la notion de voie de fait, notion qui lui apparaît fonctionnelle, « son irréductible multiplicité logique » lui paraissant à cet égard un signe infaillible. D'une part, elle a deux sources possibles bien difficiles à ramener à l'unité :

- l'idée du recours à la force dans des cas autorisés;
- l'idée de l'acte administratif quasi inexistant.

D'autre part, un autre signe qui paraît révélateur : c'est la marge étendue d'appréciation concrète réservée au juge (147).

Il n'est pas étonnant qu'en 1950 M. Vedel ait développé cette théorie des catégories fonctionnelles : Dans sa thèse précitée, antérieure de 16 ans, il estimait qu'existe une unité foncière à la base de cette notion : la cause, c'est la justification du phénomène du droit (148). Prise dans son unité fondamentale, la cause lui apparaissait comme une fonction de la vie juridique se réalisant en concepts variés : Ceci explique la valeur relative des définitions purement conceptuelles de la notion de cause.

« Par son contenu, la cause dépend de la discipline juridique où on l'envisage : Le droit privé la concrétise dans les notions de but ou d'équivalence économique; le droit administratif en donnerait selon nous une formule objective : Celle des nécessités d'intérêt public. Mais cette traduction correspond toujours à une unité fonctionnelle persistante : La cause, c'est la justification pour la conscience sociale de l'obligation juridique » (149).

Il existe donc une grande continuité des idées de M. Vedel sur ce point. Où ce jeune auteur de 1934 avait-il pu trouver les prémices de cette conception fonctionnelle du droit ? *A l'évidence dans l'œuvre d'Hauriou* (150).

On a déjà aperçu tout au long des développements de la première et de la deuxième partie de cet ouvrage le peu de cas qu'Hauriou faisait des théories cohérentes systématiques. *Si elles étaient adaptées parfaitement au réel, il les acceptait en louant leur plasticité. Si, au contraire, leur harmonie interne ne cadrait plus très exactement avec le monde environnant, il n'hésitait pas à les abandonner. Ainsi s'explique la souplesse de ses analyses.*

(147) M. Vedel le relève notamment quant aux droits auxquels l'opération administrative doit porter atteinte pour constituer une voie de fait. La notion de droit fondamental joue « un rôle certain encore que mal défini » dans la théorie de la voie de fait : le droit de propriété, la liberté individuelle, etc., sont protégés par la voie de fait.

(148) Thèse, p. 493.

(149) Tout ceci s'explique, on l'a vu, par son intuition des équilibres et sa conception pluraliste du monde.

(150) M. Vedel, consulté, a bien voulu confirmer notre interprétation. Il estime que c'est bien la lecture d'Hauriou qui lui a suggéré sa conception des catégories fonctionnelles.

Bien plus, même si la théorie demeurait adaptée à la réalité sans produire des effets très utiles, Hauriou lui en substituait une autre moins exacte au besoin (le problème lui importait peu) mais qui produisait des effets plus utiles. En d'autres termes, ce n'est pas le contenu d'une théorie qui l'intéressait mais les conséquences de son utilisation, le droit étant conçu comme un instrument au service du réel et non comme un monde vivant dans une parfaite et harmonieuse autarcie (151).

Ainsi on peut rappeler ici sa conception de la personnalité morale. La personnalité morale ne sert à rien dans le cadre de l'organisation interne de l'Etat et c'est d'ailleurs pourquoi elle est de peu de secours en droit constitutionnel. Par contre, elle est très utile chaque fois que l'administration entre en relation avec autrui et donc pour une bonne part elle devient très utile en droit administratif, en particulier dans le cadre du contentieux de pleine juridiction. Mais pour une part aussi, elle est inutile chaque fois que l'administration agit par la voie de la décision exécutoire (152).

Cette conception peut sembler très fâcheuse à un esprit cartésien qui aurait tendance à affirmer :

— ou bien la personnalité morale de l'Etat existe;

— ou bien elle n'existe pas.

Mais cet esprit ajouterait qu'il est impossible d'affirmer en même temps qu'elle existe dans certains cas et disparaît dans d'autres cas. Et cette objection est d'autant plus grave que Maurice Hauriou avait un des premiers défendu la théorie de la réalité des personnes morales (153).

Mais tout le système d'Hauriou tend à répondre : *Peu importe si ce n'est pas logique*. Laissons une certaine logique aux sciences physiques et mathématiques. Le droit est un art fait de dosages nuancés. Il n'est pas indispensable que les théories soient logiques, il suffit qu'elles servent. Peut-être alors la cohérence nous sera-t-elle donnée par surcroît.

« Ces constructions juridiques exigent plus que de la technique, elles réclament de l'intuition artistique et le construit est une œuvre d'art, non pas une œuvre de technique (154).

M. Vedel également — comment ne pas constater la parenté étroite des points de vue ? — affirme : « En nous montrant des concepts juridiques enracinés dans la psychologie et dans la morale, la théorie de la cause tend à nous faire douter de la théorie pure du droit ... Loin

(151) Deuxième partie, chapitre I, section III.

(152) Sur ces points, voir Introduction, section II, paragraphe 3 et première partie, chapitre I, section I, paragraphe 4.

(153) « La personnalité comme élément de la réalité sociale », in *Revue générale du droit*, 1898.

(154) « L'ordre social, la justice et le droit », in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1927, p. 825.

de placer le droit dans une position subordonnée, cette constatation donne à l'art et à la science juridique tout leur sens » (155).

Il est facile de multiplier les exemples : l'œuvre d'Hauriou fourmille de théories fonctionnelles (156).

Est-ce à dire que l'originalité de M. Vedel est nulle sur ce point ? Cette thèse serait peu conforme à la réalité. Sans doute, tout le système juridique d'Hauriou *postule* une conception fonctionnelle du droit. Cette conception n'est pas seulement implicite, elle est exprimée clairement à plusieurs reprises (157).

Mais il n'éprouve pas toujours le besoin d'explicitement cette conception du droit de façon systématique : Lorsqu'il affirme cette conception, il procède le plus souvent par allusions furtives. Au contraire, le Doyen Vedel a explicité et mis à la portée de tous la conception le plus souvent implicite d'Hauriou. Alors que le lecteur d'Hauriou est sans cesse heurté par l'incohérence apparente des analyses du Maître de Toulouse, leur unité fonctionnelle les explique et les illumine. Plus qu'un systématisateur d'une idée développée avant lui, le Doyen Vedel apparaît ici fondamentalement comme l'*inventeur*, au sens d'inventeur d'un trésor, existant mais caché. Il a « inventé » dans Hauriou le trésor des catégories fonctionnelles.

Et il faut ajouter ici que cette « invention » a eu un très grand succès : M. Waline, dans son Traité de droit administratif, dès 1950, considérait que les actes de gouvernement étaient une catégorie fonctionnelle et considérait même les mesures d'ordre intérieur comme une variété d'actes de gouvernement (158). De même, dès 1950, M. Waline présentait la notion d'établissement public comme « une notion générique plus que spécifique » (p. 237). Et il a maintenu depuis ce point de vue.

La plus jeune génération de spécialistes du droit public se sert très fréquemment de cette conception. On peut prendre deux exemples parmi bien d'autres qu'il serait fastidieux d'énoncer ici :

— M. Louis Dubouis conclut sa pénétrante étude sur « la théorie de l'abus du droit et la jurisprudence administrative » par ces lignes : « L'unité de la théorie réside dans la fonction de la notion d'abus de droit. Invoquer l'abus de droit, c'est en droit public comme en droit privé, justifier les limitations apportées à un droit ou à une fonction, afin d'assurer la défense d'un intérêt jugé digne de protection... Le procédé est tellement commode qu'il arrive au législateur d'en user...

(155) Vedel, thèse, p. 495.

(156) Voir par exemple, en matière de responsabilité, sa théorie de l'assurance qu'il abandonne au profit de celle du risque non parce que la première était fautive mais parce que la seconde avait des résultats plus avantageux, première partie, chapitre II, section III.

(157) Sur tous ces points, voir deuxième partie, chapitre I, section III, sous-section I, § 2.

(158) M. Rivero dans sa thèse sur « Les mesures d'ordre intérieur administratives » ne semblait pas avoir interprété ces actes d'une autre manière.

Il est impossible d'enfermer l'abus de droit dans une formule rigide. La théorie est très souple, très ouverte, et partant susceptible d'applications très diverses. Le juge façonne la notion d'abus de droit en fonction des besoins auxquels elle doit répondre ». Voilà des lignes auxquelles Maurice Hauriou aurait pu souscrire.

— M. Lucien Nizard, dans sa thèse sur « La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la légalité » affirme dans le cadre d'une partie consacrée à « La notion de circonstances exceptionnelles » que l'on aperçoit « quelle réelle contingence recouvre l'apparente rigueur du jugement de nécessité... L'indétermination des notions de nécessité de circonstances exceptionnelles ou d'urgence est telle que c'est au juge qu'il appartient de les doter d'un contenu. Selon le niveau auquel il admettra la violation de la loi, il pourra la confiner dans un rôle modeste ou lui attribuer une fonction habituelle et fréquente... En raison du caractère fonctionnel de la notion de circonstances exceptionnelles, seule l'étude des effets qu'elle autorise dans tel ou tel cas peut nous permettre de porter un jugement synthétique sur la notion » (159).

Ici encore le caractère fonctionnel d'une notion est mis en évidence. Il est caractéristique que dans ces deux thèses les auteurs n'éprouvent pas le besoin de citer M. Vedel : *la notion de catégorie fonctionnelle a eu tellement de succès qu'elle est tombée dans une sorte de domaine indivis de la doctrine entière.*

Cependant le « fonctionnalisme » est susceptible d'engendrer bien des abus. Son maniement est fort délicat. Il arrive trop souvent que, face à un problème difficile, de jeunes générations de juristes qualifient de fonctionnelle telle notion qui leur paraît difficile à saisir.

Dans ce cas, le « fonctionnalisme » sert plutôt la paresse d'esprit...

Quoi qu'il en soit, les utilisateurs des analyses fonctionnelles devront toujours se souvenir que par delà M. Vedel inventeur du trésor, *ils les doivent au jardin dans lequel on trouva le trésor : l'œuvre d'Hauriou.*

SOUS-SECTION VI

LA MORALITE ADMINISTRATIVE

On étudiera ici successivement l'accord de M. Welter et de M. le Doyen Trotabas (§ 1), et le désaccord de M. le Professeur Marcel Waline (§ 2).

(159) Nizard, thèse, p. 129.

PARAGRAPHE I

L'accord de M. Welter et de M. le Doyen Trotabas.

On rappellera très brièvement la conception qu'Hauriou se faisait de la moralité administrative (160). La moralité administrative est plus exigeante que la légalité. L'institution de l'excès de pouvoir est fondée sur la notion de moralité administrative qui prime celle de légalité de telle sorte que l'administration est liée dans une certaine mesure par la morale juridique, particulièrement en ce qui concerne le détournement de pouvoir.

L'utilisation de la notion de la moralité administrative est avantageuse car « la légalité dont les règles générales sont rigides ne saurait pénétrer dans la région des mobiles sans tuer la spontanéité du pouvoir discrétionnaire; au contraire, la moralité administrative descendant avec le juge dans les cas particuliers peut pénétrer dans cette région sans tuer cette spontanéité ». *Pour Hauriou, l'esprit de la moralité c'est la directive à imposer aux devoirs dans l'intérêt du bien. La moralité dépassant la légalité, le détournement de pouvoir dépasse en profondeur d'action la violation de la loi.*

Cette thèse n'a pas toujours eu un entier succès (161).

A. — LA THÈSE DE M. WELTER.

Mais une remarquable thèse de M. Welter s'en est étroitement inspirée. On en rappellera brièvement quelques analyses caractéristiques.

M. Welter tente de combattre la principale objection qui pouvait être faite : En ce qui concerne le détournement de pouvoir, certains (Bonnard en particulier) ont fait remarquer que le juge reste bien dans le domaine de la légalité parce que le fait de poursuivre un certain but déterminé est une condition de légalité de l'acte. Le juge, dans cette perspective, ne se fait pas juge de la moralité administrative et de l'opportunité des décisions puisqu'il n'y a pas de la part de l'agent libre appréciation sur le point de savoir si l'acte est conforme au but prévu.

Que répond M. Welter dans sa thèse ? (162).

Il pense qu'en théorie pure, il n'est pas faux de dire que le législateur, en consacrant formellement certains droits de l'administration ou en admettant pour le règlement de situation de faits déterminés l'intervention administrative, a sous-entendu « bien du service ». De

(160) Pour plus de détails, voir première partie, chapitre I, section II, paragraphe 3.

(161) Sur ce point, voir paragraphe 2 de cette sous-section.

(162) H. WELTER, « Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative », thèse Noury, 1929, préface de Georges Renard.

même, peut-on penser que l'existence de certains motifs et la poursuite d'un intérêt réel ne soient une des conditions mises par la loi de compétence à l'exercice des facultés légales appartenant à l'administration.

Mais, aux yeux de M. Welter, ces remarques demeurent superficielles car il faut se placer au point de vue de l'administrateur. Si l'administrateur prend une décision irrégulière, ce n'est pas pour se mettre en opposition avec la règle légale. Au contraire, il tente de rester dans les limites du droit positif. En fait, agissant pour des fins étrangères au service, il prend seulement prétexte de décisions légales pour couvrir tel ou tel acte d'un voile de régularité.

Ainsi le contrôle du détournement de pouvoir consiste bien dans un contrôle de la moralité administrative car ce contrôle est opéré non pas tant pour ramener l'administration au respect de la loi mais pour régulariser le fonctionnement de l'institution administrative en la maintenant dans les limites fixées par les règles disciplinaires qui lui sont propres (163).

Mais quelles sont ces règles disciplinaires élémentaires ? Ce sont les règles de la moralité administrative, c'est-à-dire de la bonne administration. Ces règles sont au service de l'ordre social individualiste dont le grand défenseur était Hauriou. Violer cet ordre est moralement répréhensible s'il est orienté vers le bien et le vrai. « L'institution administrative postule cet ordre constitué par l'équilibre de toutes les activités sociales en vue de la poursuite du bien commun » (164).

Ainsi que le disait Josserand (165), « l'abus de droit et le détournement de pouvoir sont deux manifestations d'une seule et même idée ... à savoir que les prérogatives doivent rester en conformité avec le but. Il faut donc abandonner le point de vue strict et exclusif de la légalité ».

Tels étaient, très brièvement résumés, les thèmes de la thèse de M. Welter.

B. — LA CONTRIBUTION DE M. LE DOYEN TROTABAS.

De même, M. Trotabas, dans une note d'arrêt (166), a largement utilisé la notion de moralité administrative. Il a, de façon très originale, étendu le champ d'application de la notion de moralité administrative que Maurice Hauriou avait limité au contentieux de l'annulation. M. Trotabas l'a étendu au contentieux de la responsabilité en affirmant que la théorie de la responsabilité participe d'une manière très nette à la défense de la moralité administrative.

(163) Sur ce point, voir note précitée sous l'arrêt Gomel.

(164) Thèse Welter précitée, p. 164.

(165) « In Esprits des droits », pp. 243-244.

(166) D. 1928-3-21.

Même quand la jurisprudence n'indemnise pas le préjudice moral, elle relève l'attitude incorrecte de l'administration responsable (167).

Le thème spécifique de la moralité administrative a donc survécu à la disparition d'Hauriou.

PARAGRAPHE 2

Le désaccord de M. Waline.

C'est M. le Professeur Waline qui a le premier mis l'accent sur certaines incertitudes de la notion de moralité administrative.

Il convient immédiatement de remarquer que M. Waline opère sa critique à partir d'une note de jurisprudence datant de 1909 et dont il convient d'extraire les passages litigieux :

« Le détournement de pouvoir est une variété d'excès de pouvoir qui ne se ramène pas à l'illégalité : on peut dire qu'il la dépasse ; dans le détournement de pouvoir, l'acte est correct au point de vue des compétences, correct au point de vue de la forme ; il ne fait aucune fausse application d'un texte de loi quelconque ; son vice est dans le but poursuivi par l'administration qui n'est pas un but de bonne administration ; suivant la formule du Conseil d'Etat, l'administration y fait de ses pouvoirs un usage autre que celui pour lequel il lui ont été confiés. On peut bien dire que ce mesurage est contraire à l'esprit général des lois, ne se confond pas avec la violation d'un texte de loi. En réalité, c'est un cas où la moralité administrative s'efforce de dépasser les exigences formelles de la loi » (168).

La critique de M. Waline est extrêmement minutieuse : Il pense que l'idée de moralité administrative ne se trouvait pas là où Hauriou pensait la trouver, c'est-à-dire dans la jurisprudence sur le détournement de pouvoir (169).

1) A Hauriou qui disait que dans le détournement de pouvoir, l'acte est correct au point de vue des compétences, M. Waline répond que cela n'est pas toujours vrai : Un acte entaché de détournement de pouvoir a souvent été fait en fraude des lois établissant les compétences.

Il semble que M. Waline ait raison.

On peut reprocher à Hauriou une certaine incertitude de langage. Il n'aurait pas dû dire « dans le détournement de pouvoir, l'acte est correct au point de vue des compétences » mais « *peut être* correct au point de vue des compétences ».

(167) Sur ce point, voir par exemple l'arrêt Carlier, C.E. 18 novembre 1949, Rec. 490, S. 1950-3-49, note Drago, R.D.P. 1950-172, concl. Gazier, note Waline ; J.C.P. 1950.II.5535, note G.V.

(168) Arrêts Garcère et autres, C.E. 2 août 1907, S. 1909.III, p. 1, notes d'arrêts, II, p. 722.

(169) Voir WALINE, « Traité », 1963, p. 489 et note R.D.P. 1953, p. 727.

2) A Hauriou qui disait que l'acte entaché de détournement de pouvoir ne fait aucune fausse application d'un texte de loi quelconque, M. Waline répond que « ceci aussi est très souvent faux puisque aujourd'hui on annule pour inexactitude de motifs, l'acte qu'autrefois on aurait annulé pour détournement de pouvoir ».

Sur ce point, M. Waline a certainement encore raison.

3) En effet, à Hauriou qui disait que l'essentiel dans le détournement de pouvoir, c'est que le but poursuivi n'est pas un but de bonne administration, M. Waline répond qu'il existe des actes inspirés par l'intérêt public, mais par un intérêt public autre que celui en vue duquel le pouvoir avait été conféré. Il cite à cet égard les cas de détournement de procédure ou de détournement de pouvoirs financiers. On sait que souvent le détournement de pouvoir consiste à employer pour obtenir un certain résultat, une autre procédure que celle prévue par la loi, une procédure qui ne pouvait être légalement utilisée dans ce cas, mais aurait pu l'être en vue d'un autre but. De même, on sait qu'autrefois c'était un principe absolu que l'usage des pouvoirs de police dans l'intérêt financier de l'administration ou de son concessionnaire constituait un détournement de pouvoir et entraînait l'annulation de l'acte.

Cette critique de M. Waline est très gênante pour la thèse du Doyen de Toulouse. *Mais un examen plus minutieux des divers textes d'Hauriou relatifs à la moralité administrative devrait permettre d'écarter cette objection.*

On peut cependant se demander ici si les deux éminents auteurs analysent le même concept. Pour M. Waline, la moralité administrative n'a rien de commun avec la morale (p. 727, note précitée RDP).

Au contraire, si pour Hauriou la moralité administrative ne se réduit pas à la morale, elle inclut la morale.

Ce sont donc deux conceptions différentes de la moralité administrative.

Pour s'en convaincre, il suffit de citer le passage suivant : « Mais il n'est pas vrai que l'esprit des lois administratives se confonde avec la moralité administrative pas plus que l'esprit des lois civiles ne se confond avec la moralité individuelle. Si l'on ne consultait que l'esprit des lois, on n'aurait qu'une piètre idée de la moralité. L'esprit de la loi, c'est la limite à imposer aux droits dans l'intérêt de la justice; l'esprit de la moralité, c'est la directive à imposer aux devoirs dans l'intérêt du bien; il y a un écart entre ce qui est juste et ce qui est bien... Il est évident que la moralité dépasse la légalité... » (170).

Ici donc Hauriou rapproche la moralité administrative de la morale et de l'idée de bien. Qu'est-ce que ce bien dans sa perspective ? Ce bien correspond à deux éléments d'ailleurs très liés.

— *Est bien* ce qui correspond à la morale générale de l'ordre social individualiste dont il était un fervent partisan, cet ordre social individualiste étant à la fois libéral (au sens politique et partiellement au sens économique du terme) et imprègne des valeurs chrétiennes laïcisées ou non en un droit naturel.

— *Est bien* ce qui correspond à la morale religieuse universelle qui est la morale chrétienne, fondement de l'ordre social préconisé par Hauriou. Mais il ne faut pas conclure de cette analyse qu'Hauriou réduisait la notion de moralité administrative à la morale. *En effet, incluant la morale, la moralité administrative inclut aussi la bonne administration.*

Mais en dépit de cette divergence relative aux conceptions de la moralité administrative, il faut ici donner raison à M. Waline qui, en toute hypothèse, fait remarquer que le but de bonne administration s'identifie aux yeux d'Hauriou à l'intérêt public et a donc beau jeu de montrer qu'il existe des cas de détournement de pouvoir qui supposent précisément un intérêt public.

4) M. Waline reproche encore à Hauriou d'avoir affirmé que le détournement de pouvoir, c'est la violation de l'esprit général des lois sans doute, mais ce n'est pas la violation de l'esprit d'un texte de loi déterminé. M. Waline affirme : « Or, ceci est encore faux; par exemple, lorsqu'on reproche à un maire d'avoir utilisé ses pouvoirs de police dans un but autre que les buts légaux, ce n'est pas l'esprit général des lois qu'il a méconnu, c'est celui dans lequel est rédigé un texte très précis, l'article 97 de la loi de 1884 qui lui donne le pouvoir de police et le lui donne en vue d'un certain but » (171).

L'affirmation de M. Waline est ici encore incontestable.

Sa contribution positive à la théorie de la moralité administrative nous semble également très féconde. Il apparaît à M. Waline qu'un certain nombre de décisions ne peuvent s'expliquer que par l'idée que l'administration a l'obligation juridique — puisque sanctionnée par le juge administratif — de se mettre, avant de statuer, surtout quand elle a un pouvoir discrétionnaire, dans les meilleures conditions pour apprécier sainement et en connaissance de cause ce que demande l'intérêt général. C'est le cas, nous dit M. Waline, de l'affaire Lacambre (28 janvier 1948) : les délibérations par lesquelles la commission administrative d'un hospice a décidé de renouveler un bail ont été prises en présence de l'intéressé qui n'était pas membre de la commission. Naturellement, il n'était pas allégué que l'intéressé ait pris part à la délibération. Mais sa seule présence a constitué une violation des règles de fonctionnement de la commission administrative et cette irrégularité est de nature à entraîner la nullité des délibérations.

« Pourquoi, sinon parce que cette présence a pu diminuer la liberté de discussion et de décision des membres de la commission et qu'en tolérant la présence indue de ce tiers intéressé, ces membres se sont

(171) Traité, 1963, p. 489.

mis eux-mêmes hors d'état de choisir en toute indépendance d'esprit la solution la plus conforme aux intérêts dont ils avaient la gestion ? » (172).

De même, M. Waline cite le cas de l'affaire Foucher (173). Un Conseil général statue par un seul vote sur plusieurs demandes de sectionnement électoral intéressant des communes différentes. Cela ne lui est interdit par aucun texte. Mais en tranchant ainsi en bloc des questions se présentant dans des conditions de fait naturellement différentes, le Conseil général se met dans de mauvaises conditions pour porter une appréciation judicieuse de ce qu'exige l'intérêt public qui peut réclamer par exemple le sectionnement d'une commune et le non-sectionnement d'une autre.

Les cas énoncés par M. Waline correspondent bien à la notion de bonne administration, d'administration régulière et saine telle qu'elle se dégage des analyses d'Hauriou.

Mais dans ces cas, le Conseil d'Etat ne parle pas de détournement de pouvoir mais d'excès de pouvoir sans plus de précisions.

Au fond, les cas énoncés par M. Waline ne relèvent-ils pas de la théorie des principes généraux du droit, non écrits, mais devant lesquels le juge décide de s'incliner ? Il en est de même de la théorie de la moralité administrative d'Hauriou, très liée sinon identique à la théorie des principes généraux du droit (174).

Paradoxalement, dans son hostilité même à cette théorie particulière d'Hauriou, M. Waline l'a prolongée et modernisée.

SECTION II

LA DIFFUSION DES ANALYSES PARTICULIERES

Nous étudierons successivement :

- La décision exécutoire (sous-section I) ;
- La fonction publique (sous-section II) ;
- La domanialité publique (sous-section III) ;
- Les contrats administratifs (sous-section IV) ;
- La théorie de la responsabilité (sous-section V) ;
- L'acte de Gouvernement (sous-section VI) ;
- La théorie de la voie de fait (sous-section VII) ;
- La théorie de la cause (sous-section VIII) ;
- Les mesures d'ordre intérieur (sous-section IX) ;
- Les délégations de matières (sous-section X) ;

(172) Waline, note R.D.P., 1953, p. 727.

(173) 16 novembre 1928, D. 1929.333.

(174) Voir première partie, chapitre I, section II, § 3.

Une observation de méthode : Au sein de ces sous-sections, il ne sera consacré des développements spéciaux au sort des théories d'Hauriou dans la doctrine contemporaine que dans deux hypothèses :

— si la question est actuellement controversée (par exemple la décision exécutoire ou l'acte de gouvernement) ;

— si l'influence d'Hauriou dans telle matière est prédominante et manifeste (par exemple la domanialité publique).

SOUS-SECTION I

LA DECISION EXECUTOIRE

PARAGRAPHE 1

Bref rappel de la définition d'Hauriou.

Rappelons brièvement la définition ultime de Maurice Hauriou : « C'est toute déclaration de volonté en vue de produire un effet de droit vis-à-vis des administrés émise par une autorité administrative dans une forme exécutoire, c'est-à-dire dans une forme qui entraîne l'exécution d'office » (175) et le Doyen Hauriou précise encore sa pensée (p. 358) : « Etre dans une forme exécutoire, c'est-à-dire être une décision dont l'exécution peut être immédiatement poursuivie par la voie administrative, autrement dit, par la procédure d'office ».

Le Doyen Hauriou fut le premier à définir la décision exécutoire (176). Par la suite, la doctrine fut loin d'être unanime. On peut dire que seuls les Professeurs Vedel et Rivero ont exposé sous le titre « La décision exécutoire » d'assez longs développements.

PARAGRAPHE 2

La définition de M. Vedel.

Le manuel de droit administratif de M. Vedel (177) contient la définition suivante : « Une décision exécutoire est un acte juridique émis unilatéralement par l'administration en vue de modifier l'ordonnement juridique par les obligations qu'il impose ou par les droits qu'il confie ».

(175) Précis, 11^e édition, p. 356.

(176) Très mal aux yeux de certains. On reverra ce problème dans le § 4 de cette sous-section.

(177) 1961, p. 144.

Analysons les différents éléments de cette définition tout en les comparant aux éléments de la définition d'Hauriou.

— « C'est un acte juridique émis unilatéralement par l'administration », nous dit M. Vedel.

Hauriou nous parle de « toute déclaration de volonté émise par une autorité administrative ». « Unilatéralement » est absent de cette première définition d'Hauriou mais on peut considérer que cet élément était implicitement contenu dans sa définition, Hauriou songeant ici manifestement à un acte unilatéral et non à une déclaration de volonté conventuelle. *En effet, plus loin, Hauriou dit que la décision exécutoire est un acte unilatéral de la volonté administrative et non tout acte unilatéral.* Sur ce point, M. Vedel n'a pas innové : il s'est contenté de préciser.

— « En vue de modifier l'ordonnancement juridique par les obligations qu'il impose ou par les droits qu'il confère », nous dit M. Vedel.

Hauriou très brièvement avait dit « en vue de produire un effet de droit ».

Déjà une différence importante apparaît. On sait qu'Hauriou, tout en insistant sans cesse sur les limitations à apporter à la puissance publique avait défendu son autorité. *Visiblement, en disant « effet de droit », il songeait aux obligations que peut imposer l'administration souveraine.* Ce n'est pas seulement une « psychanalyse » de la pensée d'Hauriou qui nous pousse à cette interprétation puisqu'il affirme (p. 363) « cette situation juridique administrative est opposable à tous. C'est ici le cas d'observer que l'administration de l'Etat est une vaste institution disciplinaire dont les administrés font partie en qualité de sujets; les décisions exécutoires émises par les autorités administratives sont des *ordres* disciplinaires, elles font un appel énergique à la discipline de l'institution administrative ».

Il faut cependant rappeler que le Doyen Hauriou reconnaît tout à la fin de ses développements en quelques très brèves lignes que l'administration peut par la voie de la décision exécutoire se créer à elle-même des sujétions, se lier et conférer des droits. *Mais ces développements sont assez hâtifs et il est significatif que le Doyen Hauriou n'ait pas songé à les inclure dans sa définition.*

Le Doyen Vedel, au contraire, insiste avec raison sur cet aspect en réservant l'hypothèse « Ou par les droits qu'il confère », il reconnaît franchement que la décision exécutoire peut conférer des droits ».

Voilà donc les éléments que la définition de M. Vedel contient et que celle d'Hauriou ignore. A l'inverse, quels sont les éléments que la définition d'Hauriou contient et que celle du Doyen Vedel ignore ?

— Le Doyen Hauriou dit « C'est toute déclaration de volonté en vue de produire un effet de droit *vis-à-vis des administrés* ». M. Vedel écarte implicitement cette restriction : Il semble donc bien que, pour lui, la décision exécutoire puisse produire des effets de droit non seulement vis-à-vis des administrés mais encore vis-à-vis de l'administration elle-même. En effet, les décisions dont les destinataires

sont des personnes administratives, des collectivités locales par exemple, sont-elles des décisions exécutoires caractérisées par leur caractère préalable et donc des décisions entraînant éventuellement l'exécution forcée. *M. Vedel a donc réparé cette conséquence fâcheuse des conceptions restrictives d'Hauriou.*

— Hauriou, dans sa définition, semble accorder une grande importance à la notion de forme exécutoire. « C'est toute déclaration de volonté ... dans une forme exécutoire, c'est-à-dire dans une forme qui entraîne l'exécution d'office ... ». Si l'on creuse quelque peu cet élément, on se rend compte de son incohérence dans le cadre même des analyses du Doyen de Toulouse. En effet, le Doyen de Toulouse remarque lui-même que, dans grand nombre de décisions administratives, la forme exécutoire n'a rien de sacramentel, « que les ministres et les préfets statuent en général en la forme d'arrêtés, c'est-à-dire par des actes qui contiennent le visa des textes législatifs des considérants et un dispositif rédigé par article; il est admis qu'ils peuvent statuer aussi par simple décision, c'est-à-dire en la forme d'une lettre missive, pourvu qu'elle n'ait pas le caractère d'une correspondance personnelle » (178).

De plus, Hauriou s'objecte à lui-même que la condition de forme exécutoire minima qui lui semblait la forme écrite a été écartée à la fois par le Conseil d'Etat qui a admis l'existence de décisions exécutoires verbales et par la loi du 17 juillet 1900 sur le silence de l'administration durant quatre mois valant comme décision implicite de rejet.

Au fond, sa prétendue condition de forme consiste plutôt dans une absence de condition de forme (179).

Pourquoi, dès lors, maintenir cette condition de forme dans la définition ? En fait, il semble bien que le Doyen Hauriou ait entendu par « forme exécutoire », « exécution d'office », le terme d' « exécution d'office » signifiant pour lui, on croit l'avoir démontré plus bas, « décision préalable ». « Forme exécutoire » semble donc signifier pour lui « décision préalable ». Le moins qu'on puisse dire est que la terminologie du Doyen de Toulouse est plutôt obscure sur ce point (comme en d'autres). Et cela explique certaines erreurs d'interprétation commises en particulier par M. Eisenmann (180).

On comprend donc que M. Vedel se soit débarrassé de cette condition dans sa définition, quitte ensuite à reconnaître que certaines

(178) C.E. 18 mars 1921, Bouzom.

(179) Hauriou sur ce point s'était lourdement trompé. Dans sa note sous l'arrêt, Préfet de la Côte d'Or (S. 1910.3.129 sous T.C., 22 avril 1910), il avait dégagé le prétendu principe qu'aucune décision administrative n'était exécutoire si elle n'était écrite, datée et signée. Or, depuis 1900, le Conseil d'Etat avait admis l'existence de décision exécutoire verbale (C.E. 1^{er} juin 1900, Cuisinier). Il s'agissait là tout simplement d'une ignorance par l'auteur de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Fait rare mais que le souci d'exactitude exige de mentionner.

(180) Sur tous ces points, voir § 4 de cette sous-section.

conditions de forme sont exigibles, en particulier, en matière de décret (181).

En conclusion, on peut admettre que M. Vedel, dans sa définition de la décision exécutoire, va dans le sens général de l'analyse d'Hauriou, mais la raffine et la débarrasse des scories et des obscurités. *En un sens, on peut dire qu'il épure la définition d'Hauriou pour lui donner plus de force.*

PARAGRAPHE 3

La définition de M. Rivero.

Selon M. Rivero, « la décision exécutoire est l'acte dans lequel l'administration met en œuvre ce pouvoir de modification unilatérale des situations juridiques » (182).

Sans doute, tous les actes unilatéraux ne tendent pas à modifier l'ordre juridique, les uns sont purement déclaratifs (vœux pris par une assemblée), d'autres précèdent et préparent les décisions (avis, instructions), d'autres les suivent sans rien y ajouter (notifications).

Mais justement, pour M. Rivero, tout acte unilatéral n'est pas une décision exécutoire. La décision exécutoire est un acte unilatéral qui « se caractérise par la volonté d'apporter un changement dans la situation juridique ».

La décision exécutoire ainsi conçue est-elle particulière au droit administratif ? M. Rivero pense que l'accord des volontés est le procédé normal de l'action juridique privée. Il arrive qu'un particulier prenne une décision unilatérale ayant effet à l'égard d'un autre. *Mais il s'agit alors le plus souvent d'une décision prise en vertu d'un consentement préalable donné par l'intéressé.* Ainsi du salarié qui, par le contrat de travail, a accepté de se soumettre aux décisions prises par le patron en matière disciplinaire. Il peut s'agir encore d'une décision postulant un consentement ultérieur (acceptation d'un testament, d'une donation) (183). Au contraire, en droit administratif, l'administration peut modifier les situations juridiques par sa seule volonté. « C'est là une prérogative caractéristique de la puissance publique ».

Il est clair que les instruments de l'analyse de M. Rivero sont différents de ceux d'Hauriou :

(181) Droit administratif, pp. 145, 146 et suiv.

(182) Précis de droit administratif, 1961, pp. 77 et suiv. Dans le même sens, RIVERO, « Cours de droit administratif comparé », 1956-1957.

(183) M. Rivero ne mentionne pas le cas très exceptionnel où, en droit privé, la décision d'un particulier s'impose à un autre particulier. Ainsi des décisions prises en vertu du droit de puissance paternelle. Mais ces cas sont très exceptionnels. Voir Martin de la Moute, « L'acte unilatéral en droit privé », thèse Toulouse, 1951.

M. Rivero raffine — comme M. Vedel — l'analyse et minutieusement rappelle *les cas apparents* où, en droit privé, un particulier impose sa décision à un autre.

Les cas apparents, puisqu'ainsi, qu'on l'a vu, M. Rivero réduit dans la plupart des cas la décision prétendument unilatérale à un accord de volonté.

Telle n'était pas l'analyse d'Hauriou qui, dans une longue note (184), pense qu'il ne « faut pas s'exagérer le caractère exceptionnel du droit administratif à ce point de vue des voies d'exécution extra-judiciaires ». Hauriou énonce différents ordres de matières :

— *relations internationales* (fondement du droit de guerre, représailles, blocus et tous autres moyens qu'ont les Etats de se faire justice eux-mêmes) ;

— *droit constitutionnel* (pouvoir et partis se font justice eux-mêmes) ;

— « *matières industrielles* » (c'est-à-dire droit social où les relations d'employés à employeurs admettent la grève, la coalition et l'action syndicale) ;

— *en droit privé* (autorité paternelle, faculté du droit de propriété, etc.).

M. Rivero renverse la position d'Hauriou en montrant au moins en ce qui concerne le droit privé *que les décisions unilatérales y sont absentes et que celles-ci constituent en fait un privilège de la puissance publique*.

Par ailleurs, la définition de M. Rivero est épurée et prudente : Elle se contente d'insister sur deux aspects :

— l'aspect unilatéral ;

— l'aspect « modification des situations juridiques » ;
se préoccupant peu de toutes les précisions dangereuses d'Hauriou (voir § 2 de cette sous-section).

Epuration et raffinement donc : toujours cependant dans le cadre de la pensée d'Hauriou.

PARAGRAPHE 4

L'hostilité de M. Eisenmann.

C'est M. Eisenmann qui dans ses cours de doctorat et en particulier celui de l'année 1953-1954 a le premier critiqué de façon systématique la conception d'Hauriou de la décision exécutoire (A).

On discutera ensuite du bien-fondé de ses critiques fondamentales (B), de ses critiques partielles (C). Nous conclurons enfin (D).

(184) Précis de droit administratif, 11^e édition, p. 353, note 1.

L'interprétation du Professeur Eisenmann nous paraît erronée et nous tenterons de le démontrer. Il convient cependant de remarquer que les erreurs d'interprétation sont en partie imputables à Hauriou lui-même qui dédaignait la clarté et les classifications minutieuses. Si Hauriou a été mal compris, c'est en partie par sa faute.

A. — LA CRITIQUE DE M. EISENMANN.

1. — *En ce qui concerne les éléments de fond.*

— La déclaration unilatérale de la volonté administrative. On se souvient qu'Hauriou la considérait comme pouvant être expresse ou tacite. M. Eisenmann pense qu'« Une volonté déclarée tacite, c'est une notion bien curieuse, déclarer signifiant, manifester, énoncer, faire connaître, ... ouvertement » (185).

— « En vue de produire un effet de droit de nature administrative ... La caractéristique de la décision exécutoire, c'est donc la prétention d'un droit ». M. Eisenmann trouve que l'explication qu'en donne Hauriou (l'administration agit dans un but sérieux et non pas « *jocandi causa* ») est déroutante.

2. — *Les éléments de forme.*

— Hauriou disait :

« La décision exécutoire émane d'une autorité administrative qui a le pouvoir de prendre des décisions juridiques ». Cet élément de la définition signifiant que la décision exécutoire n'émane pas d'un agent d'exécution vaut à Hauriou cette apostrophe ironique « Vraiment cette notation enrichit considérablement nos connaissances ! » (186).

M. Eisenmann est ici manifestement trop sévère : Il y a un grand intérêt, ne serait-ce qu'un intérêt pédagogique, à remarquer que tous les agents publics n'ont pas le pouvoir de prendre des décisions exécutoires. Cela ne va pas de soi. Il fallait le préciser.

— Hauriou disait encore :

« La décision doit être prise dans une forme exécutoire ... Il y a un lien, une corrélation entre la décision exécutoire administrative et la procédure d'action d'office ». M. Eisenmann découvre alors deux notions de l'exécution d'office.

Selon la première, le privilège de l'action d'office, c'est le privilège de la mise en œuvre de la contrainte sans exigence de l'autorisation préalable d'un juge.

Comment M. Eisenmann parvient-il à cette conclusion ? *C'est le premier point nettement faible de l'argumentation* : Cet auteur pense que lorsqu'on entend parler de décision exécutoire, de privilège d'exécution d'office, ce à quoi on est porté à songer immédiatement, c'est le pouvoir appartenant à l'administration de mettre en œuvre des

(185) Cours de doctorat, 1953-1954, p. 260.

(186) Cours précité, p. 261.

moyens de contrainte, des voies d'exécution forcées, destinées à réaliser le contenu de la décision, « On voit mal à première vue sur quel plan autre que celui de la contrainte, pourrait se situer ce que l'on donne pour un privilège insigne en faveur de l'administration » (187). *C'est le postulat fondamental de son argumentation : s'il s'avérait faux, la démonstration disparaîtrait totalement.*

M. Eisenmann voit une confirmation de cette notion dans le rappel par Hauriou que l'action directe existe en droit privé : Les exemples qu'Hauriou nous donne sont tous relatifs à la non-intervention du juge. « Ici les bornes commencent à être vraiment franchies, affirme M. Eisenmann. Pourquoi ne pas présenter le droit de se marier et celui de conclure un contrat comme des applications de l'action directe ? ».

— M. Eisenmann décèle donc une *seconde notion* de la force exécutoire. « Exécuter serait en somme purement et simplement réaliser ce qu'une décision prévoit, ce serait purement et simplement tirer les conséquences de la décision, cela même si ces conséquences ne comportent aucun recours en force, aucune mise en œuvre de la contrainte » (188).

Cet élargissement considérable de la notion que M. Eisenmann croit déceler dans les textes d'Hauriou lui paraît se retrouver dans la formule générale où celui-ci énumère huit conséquences de ce privilège :

- 1) Obéissance est due aux ordres verbaux de la police quand un service d'ordre est organisé dans la rue, sauf à réclamer ensuite;
- 2) Le contribuable doit payer l'impôt mis à sa charge même s'il conteste en justice la légalité de l'imposition;
- 3) L'administration a le droit de délimiter elle-même le domaine public au moyen de plans d'alignement;
- 4) L'administration a le droit de maintenir les ouvrages publics plantés ou implantés sur le terrain d'autrui;
- 5) L'administration a le droit de prononcer la résiliation ou mise en régie dans les contrats administratifs par simple décision;
- 6) L'administration a le droit de liquider elle-même ses dettes;
- 7) Plus généralement, les administrations ont des privilèges financiers, elles ont le droit de rendre exécutoires elles-mêmes leurs titres de créance; le pouvoir central a le droit d'inscription d'office au budget des collectivités locales;
- 8) L'exécution forcée de la loi par la voie administrative dans les limites où elle est admise et la façon dont cette exécution administrative suspend provisoirement l'effet des voies d'action judiciaire.

En note, Hauriou explique qu'il vise par là le fait que l'autorité judiciaire ne peut, par la voie préalable du référé, maintenir ou rétablir provisoirement dans un local l'occupant qui a été expulsé par

(187) Cours précité, p. 262.

(188) Eisenmann, p. 264.

l'administration alors même qu'il invoquerait un droit de propriété d'usufruit, d'habitation (ceci ne concernant que les immeubles occupés par l'administration elle-même).

M. Eisenmann se déclare frappé que parmi tous ces cas, seul le huitième suppose l'emploi de la contrainte.

Ensuite cet auteur croit trouver d'autres contradictions.

— M. Eisenmann conteste l'affirmation d'Hauriou selon laquelle « la force exécutoire ne concerne pas les administrés. Elle ne concerne que les agents publics ». Or, selon M. Eisenmann, il ne faut pas confondre « force exécutoire et opposabilité ».

— Hauriou disait aussi que « ce qui doit être public doit être opposable à tous et le devient grâce à la décision exécutoire ». Or, comme la décision exécutoire se définit pour Hauriou par la force exécutoire, la contradiction semble patente (189).

Enfin, M. Eisenmann critique l'importance que le Doyen Hauriou accorde à la décision exécutoire dans le droit administratif français. « C'est la poussée de la procédure d'action d'office qui, par une réaction logique, a déterminé la poussée du contentieux. Ces deux poussées se sont équilibrées autour de la décision exécutoire », disait Hauriou.

M. Eisenmann répond « *Ces images de mécanique paraissent vraiment ne correspondre à aucune donnée sérieuse. Tout au plus favorisent-elles des cascades d'assertions (si l'on passe cette épithète) « épous-touflantes ».*

Hauriou disait encore : « Par cela même qu'elle contient l'affirmation des prétentions de droit de l'administration dans l'opération qu'elle entreprend et que cette affirmation est produite au regard des intéressés aussi bien que des tiers, il est logique que la décision exécutoire soit l'objet d'une contestation, c'est-à-dire d'un litige porté devant un juge ». M. Eisenmann répond alors : « Ne serait-ce pas tout aussi logique si la décision exécutoire n'était pas exécutoire » (au sens qu'il prête à exécutoire, chez Hauriou : exécutoire pour cet auteur équivalant à exécution forcée).

Au fond, selon cet auteur, « la racine de l'erreur » de tous les défenseurs de la notion et en premier lieu d'Hauriou serait d'avoir lié le caractère impératif à l'idée d'acte unilatéral de penser « norme impérative » parce qu'on pense « acte juridique d'un seul » : Se représenter l'administration comme étant toujours dans l'attitude d'autorité de puissance publique est une erreur impardonnable aujourd'hui surtout où l'Etat et les collectivités publiques font si largement office de prestataires de biens au profit des administrés. L'image de l'administration puissance publique « ne convient pas du tout à l'exercice de la fonction de prestation de services ou de biens où l'administration n'exerce pas du tout l'*imperium* étatique vis-à-vis de la collectivité des administrés » (p. 281).

(189) Cet auteur reprend sa critique par la suite. Voir en particulier, Cours de Doctorat, 56-57, « Questions du régime des actes », pp. 220 et suiv.

Serait-il au moins juste de qualifier de décision exécutoire les actes unilatéraux impératifs ? M. Eisenmann répond par la négative : « La question de la force exécutoire concerne la réalisation des normes, non le pouvoir même d'édicter des normes et notamment le fond des normes qu'il permet d'édicter » (p. 283).

En définitive, l'auteur souhaite vivement que la théorie de la décision exécutoire disparaisse purement et simplement de la doctrine administrative « où elle n'a fait qu'introduire confusions et idées fausses ». *La théorie d'Hauriou ne contiendrait finalement « rien d'intellectuellement sérieux »* (p. 274).

Qu'en est-il en réalité ?

B. — CRITIQUE DES DEUX CRITIQUES FONDAMENTALES.

Nous ne cachons pas que, dans un premier temps, nous avons été très frappés par la critique du professeur Eisenmann. La précision des critiques, leur ingéniosité, la mobilité et l'agilité d'esprit qui les caractérisaient, le prestige scientifique de leur auteur jouaient très fortement contre Hauriou.

Dans un deuxième temps, à la suite d'une nouvelle lecture minutieuse et très attentive de la théorie d'Hauriou, nous n'hésitons pas à écrire franchement que l'interprétation de M. Eisenmann nous paraît beaucoup moins convaincante. *Il prête à Hauriou une théorie et des confusions qui n'ont jamais été les siennes. Après relecture des thèses d'Hauriou, on est stupéfait de l'écart existant entre elles et la vision que s'en est faite son éminent critique.*

I. — En premier lieu, M. Eisenmann nous présente la thèse d'Hauriou comme identifiant acte juridique unilatéral et décision exécutoire. « Est-il juste de donner les actes juridiques unilatéraux de l'administration pour des décisions exécutoires ? On se rappelle en effet qu'Hauriou et ceux qui le suivent identifient les deux notions au même substituant la seconde à la première ». Et il ajoute qu'ils oublient que « les normes unilatérales sont soit « impératives », soit « permissives ».

Où M. Eisenmann a-t-il trouvé qu'Hauriou identifiait les deux notions ?

Nous avons beau eu lire attentivement les différentes œuvres du Doyen de Toulouse, nous n'avons trouvé nulle part le moindre commencement de preuve de la vérité de cette simple affirmation. Hauriou n'a jamais fait de théorie générale de l'acte unilatéral. On peut l'en critiquer, mais on est forcé de le constater. *Il n'a jamais dit que l'acte unilatéral était la décision exécutoire.* Il s'est contenté d'affirmer, ce qui est totalement différent, que la décision exécutoire était une « déclaration unilatérale de la volonté administrative en vue de produire un effet de droit vis-à-vis des administrés conforme au bien du service » (190).

Hauriou dit aussi « La décision exécutoire est *toute déclaration de volonté*, en vue de produire un effet vis-à-vis des administrés... » etc. (191).

Il dit donc d'une part « *une déclaration unilatérale* », d'autre part « *toute déclaration de volonté* » Il se garde bien d'affirmer, comme le lui prête M. le Professeur Eisenmann, « *toute déclaration unilatérale de volonté* ».

Autrement dit, si la décision exécutoire est un acte unilatéral (et non *tout* acte unilatéral, différence fondamentale), cette catégorie d'acte unilatéral coexiste avec une autre catégorie d'acte unilatéral, la catégorie des actes unilatéraux permissifs. Comment Hauriou aurait-il pu oublier cette catégorie, lui qui consacre de longs développements (14 pages, 710 à 724), aux diverses permissions d'occupation du domaine (octroi, refus, retrait), permission sur les cours d'eau, permission de voirie et même (p. 486), permis de stationner ? Veut-on considérer alors qu'Hauriou aurait brusquement oublié ces chapitres élémentaires du droit administratif ?

La « *racine de l'erreur* » de M. Eisenmann est d'avoir voulu considérer a priori que l'image qu'Hauriou se faisait de l'administration était une image d'administration puissance publique et seulement puissance publique, impérative et maniant la foudre (192). Or, nous l'avons vu (193), Hauriou combine sans cesse, avec le pluralisme et la souplesse qui le caractérisaient la puissance publique et ses auto-limitations objectives qui s'imposent à elle sous la pression des mœurs. Seul, le pluralisme peut d'ailleurs expliquer que les actes de l'administration ne soient pas toujours d'une même nature, quelquefois permissifs, quelquefois impératifs et qu'au surplus l'administration peut procurer des prestations aux administrés. *Un certain monisme est dans l'incapacité d'expliquer cette diversité.*

On répondra peut-être que si à la rigueur, compte tenu de cette démonstration, Hauriou n'a pas commis d'erreur, au moins MM. Rolland et Waline l'ont-ils commise après lui.

a) Rolland définit « *la décision exécutoire comme une manifestation unilatérale de volonté d'un agent public*, formulant une règle de droit ou bien créant, modifiant, supprimant une situation juridique pour un particulier déterminé ». La partie soulignée de cette proposition correspond exactement à la définition précitée d'Hauriou : « La décision exécutoire est *une déclaration unilatérale de la volonté administrative* » (p. 360). M. Eisenmann semble approuver cette définition de Rolland. Pourquoi refuse-t-il d'approuver la proposition identique d'Hauriou ?

Mais M. Eisenmann considère sur ce point — avec raison — que Rolland rétrécit sa notion au moins dans la présentation puisqu'il

(191) Précis, 11^e édition, p. 356.

(192) En ce sens, Cours de Doctorat précité, p. 281.

(193) Première partie, chapitre I et chapitre II, section II.

affirme (p. 56) : « *Les décisions administratives* sont pourvues d'une force particulière, la force exécutoire; la force exécutoire se marque de deux manières par l'obligation d'obéissance préalable, par le privilège de l'exécution d'office qui est moins fréquent ». M. Eisenmann conclut : « De tels attributs ne sont concevables que pour les normes impératives ». Il a raison sur ce point car Rolland, après avoir affirmé que la décision exécutoire est *une* manifestation unilatérale de volonté administrative, écrit — ce qui est différent — *les décisions administratives* (en général et non pas seulement la décision exécutoire) sont pourvues de la force exécutoire s'analysant en deux aspects d'obéissance de l'administré et d'exécution forcée. Le changement d'une définition à l'autre est certain puisque, dans le premier cas, le caractère impératif est identifié à la décision exécutoire et non à toute décision administrative et, dans le deuxième cas, le caractère impératif est identifié aux « décisions administratives », *ce qui est manifestement faux puisque cela écarte les décisions permissives*.

b) De même, M. Eisenmann a raison de critiquer la définition momentanée de M. Waline : « La décision exécutoire est *tout acte juridique unilatéral* d'un administrateur qualifié... » (p. 421). Cette définition pêche par excès de généralité puisqu'elle aussi semble écarter la possibilité d'un acte juridique unilatéral de l'administration qui serait permissif (194).

Il n'est pas douteux que Rolland en sa deuxième version, et M. Waline en sa première définition (modifiée depuis) ont confondu acte unilatéral et décision exécutoire.

Mais en quoi cela regarde-t-il Hauriou qui lui, nous croyons l'avoir montré, n'a jamais opéré cette confusion ?

M. Rivero n'a pas non plus opéré cette confusion puisqu'il affirme sous un paragraphe intitulé « Décisions exécutoires et autres actes unilatéraux » (p. 78) : « Tous les actes ne tendent pas à modifier l'ordre juridique. Les uns sont simplement déclaratifs (vœux pris par une assemblée), d'autres précèdent et préparent les décisions (avis, instructions), d'autres les suivant sans rien y ajouter (notifications). La décision exécutoire se caractérise par la volonté d'apporter un changement dans la situation juridique ».

De même, M. Vedel qui définit « la décision exécutoire comme *un acte juridique émis unilatéralement* » (et non pas tout acte juridique unilatéral) titre un paragraphe (195) : « *Tous les actes juridiques de*

(194) M. Waline dans la dernière édition (1963) de son *Traité* adopte une définition très exacte : « Les autorités administratives qualifiées... peuvent prendre des décisions créant par elles-mêmes des obligations aux administrés et dont elles peuvent assurer l'obéissance par des procédés de coercition pouvant aller exceptionnellement jusqu'à l'emploi de la force » (p. 17, n° 22). Le terme « peuvent » n'exclut alors pas des décisions qui ne créeraient pas d'obligations mais qui seraient simplement permissives.

(195) Précis, 1962, p. 141, paragraphe 2.

l'administration ne sont pas des décisions exécutoires ». On ne saurait être plus clair.

Si elle a subi quelques rares et provisoires déformations, la notion initiale d'Hauriou est donc conservée.

II. — M. Eisenmann n'a pas seulement interprété à tort la théorie d'Hauriou comme identifiant acte unilatéral et décision exécutoire, il a commis selon nous une seconde erreur en admettant comme postulat que la force exécutoire *signifiait chez Hauriou force de contrainte*. Ce postulat est à la base de son analyse tout entière. *Sans lui, toute l'argumentation s'écroule*.

« Il semble que, lorsqu'on entend parler de décision exécutoire, de privilège de l'exécution d'office, ce à quoi on est porté à songer immédiatement, c'est le pouvoir appartenant à l'administration de mettre en œuvre des moyens de contrainte, des voies d'exécution forcée destinées à réaliser le contenu de la décision... On voit mal à première vue quel plan autre que celui de la contrainte pourrait se situer ce que l'on donne pour un privilège insigne en faveur de l'administration » (196).

Or, cette interprétation est inexacte : Elle tend à faire croire que, pour Hauriou, décision exécutoire s'identifie à pouvoir de contrainte et à exécution forcée : il n'en est rien.

La lecture la plus attentive de l'œuvre d'Hauriou doit permettre de le démontrer.

Hauriou affirme : « La décision exécutoire, c'est toute déclaration de volonté (197), en vue de produire un effet de droit vis-à-vis des administrés, émise par une autorité administrative dans une forme exécutoire, c'est-à-dire dans une forme exécutoire, c'est-à-dire dans une forme qui entraîne l'exécution d'office » (198).

Que signifie « exécution d'office » pour Hauriou ? Si cela signifie exécution forcée, M. Eisenmann a raison. Si cela signifie seulement action d'office, c'est-à-dire pouvoir pour l'administration de prendre ses décisions susceptibles d'exécution préalablement à toute validation juridictionnelle, cet auteur a tort.

Or, c'est bien la deuxième interprétation qui doit prévaloir : En effet, dans une note de bas de page (p. 356), Hauriou nous dit « Cette définition établit le lien entre la décision exécutoire administrative et la procédure d'action d'office (et non d'exécution forcée [par nous ajouté]). C'est un lien que je n'avais pas fait apparaître aussi nettement dans mes premières éditions ni dans l'article publié dans la Revue trimestrielle de droit civil en 1903 en collaboration avec M. de Bézins ;

(196) Cours de Doctorat précité, p. 262.

(197) Remarquons ici encore qu'Hauriou ne dit pas « toute déclaration de volonté unilatérale ». Il dit « toute déclaration de volonté », ce qui est exact. Il dit ensuite (p. 360) « une déclaration unilatérale de volonté », ce qui est encore exact. Il ne dit pas, comme le lui prêtait M. Eisenmann, « toute déclaration unilatérale de volonté », ce qui serait faux et tomberait sous le coup de la critique de M. Eisenmann.

(198) Précis, 11^e édition, p. 356.

mais cette corrélation me paraît de plus en plus évidente. Peut-être même sera-t-on amené à en tenir compte dans les théories civilistes sur la déclaration de volonté, *quand on se sera convaincu que l'autonomie de la volonté ne va pas sans un certain pouvoir d'action d'office* ».

Le terme d'action d'office est répété deux fois comme explicatif de la définition et s'identifie de toute évidence dans l'esprit d'Hauriou à « exécution d'office » qui n'est pas « exécution forcée », terme utilisé par ailleurs dans un autre chapitre à propos d'une autre question.

En veut-on des preuves supplémentaires ?

Hauriou, après avoir émis cette définition, décompose minutieusement chacun de ces éléments en une série de développements. Si, comme le pense M. Eisenmann, forme exécutoire et exécution d'office s'identifient chez Hauriou à pouvoir de contrainte et exécution forcée, il serait normal que le Doyen de Toulouse développât alors dans un des éléments de l'analyse les conditions jurisprudentielles de l'exécution forcée, citât et discutât l'arrêt fondamental Société immobilière de Saint Just.

Or, on ne trouve nulle part, dans le cadre de ce chapitre I^{er} du livre II, d'allusion à cet arrêt ou aux conditions jurisprudentielles magistralement posées par Romieu. Au contraire, Hauriou explicite sa définition : « Être dans une forme exécutoire, c'est-à-dire être une décision dont l'exécution peut être immédiatement poursuivie par la voie administrative, autrement dit par la procédure d'office ». Il cite des arrêts (199). Et ces arrêts ne concernent nullement l'exécution forcée mais uniquement le pouvoir d'action d'office de l'administration, c'est-à-dire son pouvoir de prendre des décisions susceptibles d'exécution préalablement à toute validation juridictionnelle. Les arrêts ne parlent pas d'exécution forcée mais seulement de « *décision susceptible d'être suivie d'exécution* ». Par les arrêts mêmes qu'il choisit et les formules qu'il emploie, Hauriou ne songe nullement et à aucun moment à l'exécution forcée.

En veut-on encore une preuve supplémentaire ?

Tous les développements d'Hauriou *précités* sont contenus dans un chapitre intitulé « L'initiative et l'indépendance de la puissance publique dans l'exercice des droits des administrations publiques ».

Le chapitre premier du Livre II contient tous les développements relatifs à la décision exécutoire considérée dans son aspect d'initiative et indépendance de l'administration et non dans l'aspect force de contrainte et exécution forcée.

Le chapitre premier du Livre II s'oppose à un chapitre premier du Livre III qui s'intitule « Police, réglementation et coercition ». Dans le cadre de ce chapitre premier du Livre III, une section III s'intitule « La coercition administrative et l'exécution forcée des lois

(199) C.E., 15 janvier 1909, Consistoire israélite d'Oran ; C.E. 19 juin 1903, Chambre de commerce d'Angers.

et règlements. Dans le cadre de cette section, *Hauriou analyse longuement près de 100 pages après son analyse de la décision exécutoire et dans un autre chapitre l'arrêt Société immobilière de Saint-Just, les conclusions de Romieu et les conditions régulières de l'exécution forcée. Autrement dit, pour lui et de la façon la plus certaine, le contenu de la notion de décision exécutoire n'a pas de rapport avec l'exécution forcée*. Toutes ces preuves nous paraissent péremptoires : La seconde erreur d'interprétation commise par M. Eisenmann nous paraît ici flagrante.

M. le Professeur Weil, dans une note d'arrêt (200), déclare s'étonner de l'énorme confusion commise par Hauriou, en affirmant que « la distinction entre le privilège du préalable qui existe effectivement et celui d'action d'office qui n'existe nullement est tellement simple que l'on peut se demander comment Hauriou a pu les confondre » (201).

Le Professeur Weil a raison de s'étonner d'une confusion de notions aussi simples par un auteur aussi averti : Hauriou, en effet, ne les a jamais confondues... (202).

Ainsi, d'une part, Hauriou n'a jamais confondu la décision exécutoire avec *tout* acte unilatéral, laissant la porte ouverte à des actes unilatéraux qui ne seraient pas décisions exécutoires, d'autre part, il n'a jamais confondu exécution forcée avec forme exécutoire qui signifiait seulement pour lui pouvoir d'action, c'est-à-dire dans son langage souvent obscur qui explique et excuse les interprétations erronées, privilège du préalable.

Ainsi les deux postulats fondamentaux de l'interprétation de M. Eisenmann s'effritent et disparaissent. A la lumière de ces découvertes, il convient dès lors de relire minutieusement les critiques de

(200) Sous ville de Nice, A.J.D.A. 1956, II, p. 267.

(201) Etant entendu que par « action d'office », Hauriou ne veut pas dire « exécution forcée » (L'arrêt est analysé beaucoup plus loin) mais seulement privilège du préalable.

(202) Dans le sens de toute notre interprétation, voir les notes très claires sous l'affaire Larose (C.E. 21 novembre 1913, S. 1915, III, p. 25 ; notes d'arrêts, II, p. 69).

Une preuve supplémentaire — parmi d'autres — trouve son origine dans la lecture de la note précitée d'Hauriou sous l'arrêt Société immobilière de Saint-Just. Hauriou affirme à propos de l'exécution forcée constituée par mise sous scellés : « Si c'est contre le scellé administratif lui-même que l'on veut recourir, comme il ne constitue pas une décision exécutoire mais un acte d'exécution, on ne peut pas l'attaquer directement et il faut provoquer une décision de l'administration à son sujet. Une fois les scellés apposés, il faut demander au ministre compétent, qui est ici le ministre de l'Intérieur, soit la levée des scellés, soit une indemnité ». Cette analyse constitue une vérification éclatante de notre thèse : Hauriou distingue lui-même de la façon la plus formelle cet acte d'exécution forcée qui est la mise sous scellés, de la décision exécutoire qu'il serait nécessaire de demander au ministre d'émettre *a posteriori*, après l'exécution forcée, pour pouvoir par ce biais, attaquer celle-ci.

Une fois de plus dans aucune de ses analyses, Hauriou n'a confondu décision exécutoire et exécution forcée.

détail que fait M. Eisenmann. En effet, celui-ci reprochait à Hauriou non seulement les deux prétendues erreurs fondamentales précitées, mais encore une série d'incohérences de détails qu'il qualifie « d'époustouflantes ». Or, réinterprétées à la lumière de nos analyses, ces incohérences « époustouflantes » s'avèrent à la fois cohérentes et exactes.

C. — CRITIQUE DES DIFFÉRENTES CRITIQUES PARTIELLES.

— Éléments de fond : M. Eisenmann ne comprend pas comment Hauriou peut parler d'une déclaration de volonté soit expresse, soit tacite « Une volonté déclarée tacite, c'est une notion bien curieuse... » (p. 260). Cette remarque est d'une impeccable logique. Tient-elle vraiment compte de la réalité administrative ? Tient-elle compte de la loi de 1900 sur le silence de l'administration assimilant précisément à une déclaration de volonté le silence de l'administration pendant quatre mois ? C'est exactement à cette loi de 1900 que le Maître de Toulouse songe en écrivant « volonté déclarée tacite » (203) Ce terme est effectivement illogique et curieux. S'il est ambigu, c'est qu'il recouvre une réalité elle-même ambiguë. *On peut critiquer cette réalité mais on ne peut l'ignorer et c'est le travail du juriste que de la traduire en formules assez souples pour la recouvrir tout entière.*

La « volonté déclarée tacite » serait un terme curieux selon M. Eisenmann : Pour nous, cette critique constitue une simple querelle de mots.

— Par ailleurs, M. Eisenmann se fait volontiers ironique quand il rappelle que, pour Hauriou, la prétention de droit administrative manifestée par la décision exécutoire signifie :

a) *que l'administration agit dans un but sérieux pour la satisfaction d'un intérêt et non pas « jocandi causa ».*

Or, nous dit M. Eisenmann, donner un ordre de police, ce n'est pas se livrer à une plaisanterie, nécessairement.

Cette ironie nous paraît fondée : « jocandi causa » constitue effectivement une expression malheureuse.

b) *que l'administration a agi dans l'intérêt du service*, ce qui amène M. Eisenmann à affirmer : « Où est la différence entre ces deux points » (*id est* entre le premier et le deuxième). *Cette remarque ne nous paraît pas pertinente* : En effet, ce sont deux idées différentes.

Dans la première proposition, il est question d'une décision administrative qui aurait été prise dans un but sérieux autre que pour la satisfaction d'un intérêt, et les exemples ne manquent pas (hypothèse possible d'erreur de droit ou de fait).

Dans la deuxième, il est question d'une décision qui, prise ou non en vue de satisfaire un intérêt, aurait ou n'aurait pas été prise dans l'intérêt du service.

(203) Pour confirmation, voir Précis, 11^e édition, p. 361 (b).

On peut logiquement très bien imaginer une décision qui aurait été prise en vue de satisfaire un intérêt (première proposition), cet intérêt n'étant pas celui du service public (deuxième proposition). C'est un cas classique de détournement de pouvoir : Le détournement de pouvoir, « c'est le fait d'une autorité administrative qui, tout en accomplissant un acte de sa compétence, use de son pouvoir pour des motifs autres que ceux en vue desquels ce pouvoir lui a été conféré, c'est-à-dire autres que la sauvegarde de l'intérêt général et le bien du service » (204).

Autrement dit, la seconde proposition qui vise consciemment un cas du détournement du pouvoir (205) n'a rien à voir avec la première qui vise la décision qui aurait ou n'aurait pas été prise en vue d'un intérêt, quel que soit cet intérêt, s'agirait-il de l'intérêt personnel de l'administrateur ou de l'intérêt du service.

On ne comprend donc vraiment pas la critique ironique de M. Eisenmann sur ces deux points qui visent deux hypothèses susceptibles de se réaliser et par ailleurs bien distinctes.

— *Éléments de forme.*

— M. Eisenmann critique (p. 261) un point de la définition d'Hauriou qui consiste à préciser que « la décision exécutoire émane d'une autorité administrative, c'est-à-dire d'un organe de l'administration ayant reçu dans ses attributions, de par les règles de l'organisation administrative, le pouvoir de prendre des décisions juridiques ». M. Eisenmann commente cette définition : « La décision exécutoire émane d'une autorité administrative; elle n'émane pas d'un agent d'exécution ou d'un employé de bureau qui prépare les décisions (vraiment cette notation enrichit considérablement nos connaissances !) ».

Ici encore, nous comprenons mal la critique : Il était très utile de préciser comme l'a fait Hauriou que tout fonctionnaire ou agent public n'a pas le pouvoir de prendre des décisions exécutoires. M. Eisenmann répondra qu'il est évident que l'employé des postes à son guichet n'a pas ce pouvoir. *Mais, d'une part, ce n'est pas évident aux yeux du profane qui croit toujours saisir l'administration comme un bloc sans distinguer entre les agents les plus subalternes et les autres.*

A cet égard, l'homme de la rue dit souvent « ils » m'ont fait ou « on » m'a fait à propos de telle ou telle décision administrative. *Déjà à cet égard, la précision était utile et c'est le rôle d'un juriste que d'être complet et précis.* D'autre part, Hauriou n'était pas seulement un auteur, mais encore un professeur : Il veut se faire comprendre de ses étudiants et de son public en explicitant cette évidence qui n'est évidente qu'aux yeux des techniciens comme M. Eisenmann. Ce procédé est d'ailleurs tout à fait général à tous les pédagogues : Combien de « banalités » et de « évidences » traînent dans les cours de licence !

(204) C.E. 7 juillet 1916, Moreau.

(205) Hauriou, Précis, 11^e édition, p. 419.

Mais, en plus, il s'agit en l'occurrence d'une prétendue « évidence ». Le grief du professeur Eisenmann nous paraît donc encore peu fondé.

— *M. Eisenmann en arrive ensuite à un point capital de sa critique.*

Hauriou disait : « Etre dans une forme exécutoire, c'est être une décision dont l'exécution peut être immédiatement poursuivie par la voie administrative, autrement dit, par la procédure d'office ».

On a déjà vu que, dans le langage d'Hauriou, procédure d'office signifiait seulement « privilège du préalable et non-exécution forcée » (voir B de ce paragraphe).

Hauriou n'a jamais identifié forme exécutoire et exécution forcée.

Mais pourquoi M. Eisenmann n'a-t-il pas aperçu dans sa simplicité ce point de vue d'Hauriou ? Il nous en donne lui-même la réponse : « Il semble bien que lorsqu'on entend parler de décision exécutoire, de privilège de l'exécution d'office, ce à quoi on est porté à songer immédiatement, c'est le pouvoir appartenant à l'administration de mettre en œuvre des moyens de contrainte, des voies d'exécution forcée destinées à réaliser le contenu de la décision... *On voit mal à première vue sur quel plan autre que celui de la contrainte pourrait se situer ce que l'on donne pour un privilège insigne en faveur de l'administration* » (Eisenmann p. 262).

Le Professeur Eisenmann nous livre lui-même la racine de son erreur. *Il ne peut pas imaginer que l'effet premier de la décision exécutoire étant de modifier l'ordonnancement juridique, cette exécution ne suppose pas par elle-même l'emploi de la force.*

Après le Doyen Vedel, nous rappellerons que « la nomination d'un fonctionnaire, un règlement de police ont pour premier effet de créer des droits et obligations, et cet effet est acquis indépendamment du problème de l'exécution forcée. Bien plus, en certains cas, des décisions n'ont pas d'autre effet que la modification de l'ordonnancement juridique : Par exemple, la collation de l'honorariat à un fonctionnaire.

En outre, pour de nombreux actes, l'exécution matérielle est possible sans recours à la force. La révocation d'un fonctionnaire exécutée par le simple fait de sa désinvestiture et de l'arrêt du paiement de son traitement, de même le refus d'une indemnité » (206). Et le Doyen Vedel ajoute : « *Le problème de l'exécution par la force des décisions exécutoires est donc un problème limite; il ne recouvre pas toute la force exécutoire des décisions et il n'est donc pas contradictoire de dire qu'une décision exécutoire n'est pas nécessairement susceptible d'exécution par la force* ».

C'est pour avoir méconnu cette analyse fondamentale que le professeur Eisenmann a, comme on l'a vu, fait une interprétation manifestement erronée de la pensée d'Hauriou : C'est parce qu'il n'a pas imaginé les cas énoncés par le Doyen Vedel qu'il a cru qu'Hauriou

identifiait décision exécutoire et exécution forcée et qu'il en a déduit que la décision exécutoire *ainsi entendue* jetait un trouble immense dans le droit administratif français et qu'il convenait donc de débarrasser la doctrine de ce concept dangereux. Mais, on l'a vu, l'interprétation de M. Eisenmann a très peu de rapports avec les analyses réelles d'Hauriou.

M. Eisenmann cherche ensuite à confirmer son sentiment initial que, pour Hauriou, le privilège de l'action d'office, c'est le privilège de la mise en œuvre de la contrainte (entendue au sens d'exécution forcée) sans exigence de la préalable autorisation du juge : Il rappelle qu'Hauriou opère une comparaison avec le droit privé qui utilise la procédure d'action directe. Hauriou, on l'a vu, donnait les exemples de l'autorité paternelle et maritale et de l'autorité du propriétaire sur la propriété.

Or, ces exemples ne concernent nullement l'exécution forcée mais une certaine liberté pour les personnes privées en question de prendre un certain nombre de décisions et de les exécuter sans autorisation du juge. Une fois de plus, c'est bien à l'aspect « décision préalable » de la décision exécutoire que le Doyen de Toulouse songe et non à l'exécution forcée qui n'a rien à voir avec ces exemples tirés du droit privé.

Maurice Hauriou confirme d'ailleurs lui-même toute notre interprétation (et l'analyse de M. Vedel ci-dessus rappelée) en affirmant : « Le plus souvent, l'exécution administrative sera réalisée par des mesures de service ne faisant point figure de voies d'exécution judiciaires; c'est au fonctionnaire révoqué qui sera remplacé dans son service, un marché de fournitures qui sera rompu, une fourniture qui sera refusée, une allocation qui sera supprimée, etc. ».

Hauriou donne ici des exemples de contrainte qui ne sont pas « exécution forcée ». Il ne s'agit nullement comme le dit M. Eisenmann d'une « seconde notion » de la décision exécutoire qu'il croit découvrir après avoir découvert la première. *C'est toujours la même notion* et cette analyse partielle est encore erronée car le critique d'Hauriou n'a pas vu que, dès le commencement du raisonnement, le Doyen de Toulouse n'assimilait pas forme exécutoire et exécution forcée.

C'est encore cette erreur initiale qui explique la critique de l'analyse d'Hauriou selon laquelle la forme exécutoire est un élément formel. Hauriou disait que la vertu exécutoire est attachée à la forme de la décision indépendamment de son contenu. Notre auteur en donnait pour exemple certaines décisions d'assemblée qui contiennent de simples vœux et qui sont exécutoires en ce sens que ces vœux doivent être transmis à l'autorité supérieure par une procédure. *M. Eisenmann trouve absurde cet exemple car il continue de croire que forme exécutoire signifie exécution d'office au sens d'exécution forcée.* « Ainsi le fait qu'une délibération de conseil général et de conseil municipal peuvent être transmises à l'autorité supérieure sans qu'un juge intervienne constitue une forme de l'exécution d'office, permet de dire qu'elles sont exécutoires, alors même qu'elles se réduisent à un vœu ! ».

Dans la perspective de M. Eisenmann, l'absurdité de l'analyse d'Hauriou est éclatante car on voit mal en quoi un vœu serait susceptible d'exécution forcée.

Par contre, dans le cadre de notre interprétation, l'exemple d'Hauriou est pertinent. Le Doyen de Toulouse s'en explique d'ailleurs : « Si des délibérations contenant simplement des vœux politiques, des proclamations ou des adresses sont annulées bien qu'ils ne soient susceptibles de produire aucun effet dans le commerce juridique, c'est sans doute qu'elles ont quand même une force exécutoire (au sens de « produire un effet de droit ») car si elles ne produisaient aucun effet, à quoi bon les annuler ? ».

Le privilège de l'administration étant donc envisagé sous son angle « décision préalable », Hauriou en tire une conséquence. « La plus importante des conséquences du privilège serait qu'obéissance immédiate est due en principe aux décisions, aux mesures d'exécution et à l'ensemble des opérations de l'administration; les réclamations ou recours ne sont point par eux-mêmes *suspensifs d'exécution*. Seul, le juge peut très exceptionnellement ordonner le sursis à exécution ». Cet exemple confirme, s'il en était besoin, qu'Hauriou songe ici encore au caractère préalable de la décision.

Hauriou donne huit cas d'application déjà énoncés.

Sur ces huit cas, Hauriou n'envisage qu'un seul cas d'exécution forcée, le huitième :

« 8° *L'exécution forcée* de la loi par la voie administrative dans les limites où elle est admise et la façon dont cette exécution administrative suspend provisoirement l'effet des voies d'action judiciaires ».

En note, Hauriou explicite ce point : Il s'agit du cas où l'autorité judiciaire ne peut pas par la voie préalable du référé maintenir ou rétablir provisoirement dans un local l'occupant qui a été expulsé par l'administration alors même qu'il invoquerait un droit de propriété, d'usufruit ou d'habitation. « La mesure administrative, si elle est légale, doit avoir le bénéfice de l'exécution provisoire » (207). Et il ajoute : « Ces errements ont été établis tant à l'occasion des décrets du 29 mars 1880 (ici il cite toute une jurisprudence) qu'à l'occasion des lois de 1901 sur les congrégations et de 1905 sur la séparation de l'Eglise et de l'Etat (il cite encore une autre jurisprudence et notamment l'arrêt Société immobilière de Saint-Just qu'il n'analyse pas en profondeur et qu'il se contente de rappeler) ».

Que penser de ces huit cas d'application ?

M. Eisenmann en donne l'appréciation suivante : « Ce qui doit frapper et être relevé avant tout dans cette soi-disant liste d'application du privilège d'action d'office, c'est qu'à l'exception d'une seule — la dernière — aucune n'a vraiment rapport à l'emploi de la contrainte... sauf la huitième, elles illustrent uniquement, simplement le

(207) Précis, 11^e édition, p. 352.

principe que les décisions administratives lient immédiatement les administrés en dépit de tout recours même juridictionnel qu'ils dirigent contre elles... » (208).

Or, Hauriou, contrairement à ce que pense M. Eisenmann, n'a jamais voulu dire autre chose : *Les sept premiers cas énoncés ne concernent nullement l'exécution forcée que notre auteur n'identifiait nullement, on l'a vu, à la décision exécutoire.* Ces sept premiers cas concernent toujours l'aspect « décision préalable » qui doit entraîner une obéissance immédiate de l'administré.

Mais ici une objection peut surgir selon laquelle toute notre interprétation ne vaudrait pas pour le huitième cas qui concerne effectivement l'exécution forcée. Si Hauriou n'assimilait pas décision exécutoire et exécution forcée, pourquoi, à propos de la décision exécutoire, donnerait-il un exemple d'exécution forcée ?

Cette objection peut être facilement réfutée : En fait, cet exemple est un des exemples (très minoritaire, un contre sept) qu'Hauriou entend nous donner. Il veut simplement exprimer ici l'idée que la décision exécutoire suppose très généralement la contrainte (obéissance immédiate de l'administré) et qu'exceptionnellement (un cas sur les huit), l'administration a le droit de procéder à une exécution forcée. C'est si vrai que si Hauriou cite très rapidement en note de bas de page (p. 352) l'arrêt Société immobilière de Saint-Just, il se garde bien de l'analyser en profondeur, car cette jurisprudence lui paraît constituer un cas-limite : Un des cas d'application du privilège du préalable. L'exécution forcée et la jurisprudence Société immobilière de Saint-Just sont donc très logiquement étudiées dans un autre chapitre lui-même inséré dans un autre livre de l'ouvrage. *Une fois de plus, on s'aperçoit que le Doyen Hauriou n'a jamais opéré la confusion que lui prête M. le Professeur Eisenmann.*

Cet auteur croit pouvoir trouver encore une contradiction dans les analyses d'Hauriou : Celui-ci avait dit que « la force exécutoire ne concerne pas les administrés. Elle ne concerne que les agents publics. Il ne faut pas confondre force exécutoire et opposabilité. La force exécutoire, c'est une question d'agents publics. Pour les administrés, c'est la notion d'opposabilité qui est extérieure à la force exécutoire ».

Cependant, plus loin, Hauriou dit franchement que « ce qui doit être public doit être opposable à tous et le devient grâce à la décision exécutoire », liant ainsi décision exécutoire et publicité et opposabilité. Le Professeur Eisenmann interprète alors comme une contradiction (209) entre les deux affirmations, l'une distinguant force exécutoire et opposabilité, l'autre liant décision exécutoire et opposabilité.

Or, la contradiction ne nous apparaît pas : Dans un cas, c'est la décision elle-même qui est liée à la publicité. La décision ne pourra

(208) Cours précité, p. 268.

(209) Cours précité, pp. 268-269.

produire un quelconque effet de droit qu'autant qu'elle aura été publiée ou notifiée aux administrés. Par contre, en ce qui concerne l'exécution de la décision, son caractère exécutoire est différent de l'opposabilité elle-même. *Ces notions ne concernent pas les mêmes personnes : L'opposabilité concerne l'administré. La force exécutoire concerne l'administration.* L'opposabilité est une garantie pour l'administré qui ne sera pas forcé de subir les exigences de la puissance publique sans en être préalablement averti. La force exécutoire est le pouvoir qu'a l'administration de prendre elle-même ses décisions et de les imposer aux tiers sans autorisation préalable du juge.

La contradiction n'existe donc point.

Cependant, on peut objecter à cette analyse d'Hauriou que si l'opposabilité constitue une garantie pour l'administré, elle constitue en même temps une source d'efficacité administrative dans la mesure où nul ne pourra se soustraire aux exigences de la puissance publique en prétextant qu'il les ignorait. Aucune excuse ne devient possible. De même, s'il est vrai de dire que la force exécutoire concerne le pouvoir de l'administration, *ce pouvoir s'exerce sur l'administré* et la phrase d'Hauriou « La force exécutoire ne regarde que les agents publics » apparaît trop simpliste (210). Mais il faut reconnaître que cette objection concerne un point assez mineur et n'emporte nullement destruction de l'édifice (211).

Enfin, et c'est la dernière critique parcellaire de M. Eisenmann, celui-ci critique certaines assertions d'Hauriou relatives aux vertus contentieuses de la décision. Pour la clarté de l'exposé, il convient de citer une seconde fois ces développements d'Hauriou : « Si le contentieux s'est développé comme il l'a fait notamment si on a admis que l'instance administrative était liée par la voie de la décision préalable... cela tient au degré de perfection où a été portée la notion de décision exécutoire et à ce postulat fondamental que par cela même qu'elle a le bénéfice de l'exécution d'office par la voie administrative, la décision exécutoire doit engendrer un contentieux contre elle-même... C'est donc la poussée de l'action d'office qui, par une réaction logique, a déterminé la poussée du contentieux. Ces deux poussées se sont équilibrées autour de la notion de décision exécutoire ».

(210) Il faut préciser que cette objection nous appartient et n'a pas été clairement formulée par M. Eisenmann.

(211) M. Eisenmann critique encore l'idée que la décision exécutoire aurait l'intérêt de permettre à l'administration (qui n'exécute pas immédiatement) de réfléchir avant d'agir, « à établir par avance des programmes d'action ». « L'idée est singulière, nous dit-il, appliquée aux décisions individuelles ou d'espèce. » Or, Hauriou n'a pas seulement parlé de programme d'action qui concernerait plutôt les décisions réglementaires, mais encore de simples réflexions avant l'action qui concerne toutes sortes de décisions.

M. Eisenmann répond ici ironiquement : « Ce sont bien avant tout les administrés qui sont intéressés à cette solution ».

Or, Hauriou n'a jamais dit le contraire. Mais si le Professeur Eisenmann ne comprend pas qu'en même temps Hauriou ait pu affirmer sans se contredire que la poussée de l'action d'office avait engendré la poussée du contentieux, *c'est qu'il ne replace pas cette formule d'Hauriou dans le cadre général de sa pensée marquée par la théorie de l'institution et de l'autolimitation objective* (212).

L'autolimitation objective (213) signifie que la puissance publique, par ses pouvoirs exorbitants eux-mêmes, est contrainte de s'autolimiter, sans quoi, dans une société libérale, personne n'accepterait plus ses ordres et l'Etat serait sans cesse contesté. La pression des mœurs jointe à l'objectivation des procédures devient telle dans une société libérale et démocratique que l'administration ne peut plus revenir en arrière. *L'autolimitation lui est imposée par les mœurs, de là son qualificatif d'« objective » !*

Si l'on applique cette théorie générale à la décision exécutoire, on s'aperçoit à quel point elle cadre avec le schéma proposé par Hauriou. La poussée d'action d'office a été telle qu'il était inévitable, dans une perspective historique à long terme, qu'un jour l'action d'office soit apparue insupportable aux administrés ou seulement que l'administration craigne avec le développement du libéralisme qu'elle devienne insupportable.

La critique de M. Eisenmann est donc encore mal venue car c'est l'administré qui est bien au centre du raisonnement d'Hauriou. Il ne reste donc rien des critiques détaillées de M. Eisenmann. Il ne faut pas nous en étonner : La pensée de maître est tout à fait cohérente.

Or, on l'a vu ci-dessus, le professeur Eisenmann était parti de deux idées maîtresses :

— Hauriou aurait confondu la décision exécutoire avec tout acte unilatéral.

— Surtout Hauriou aurait confondu la force exécutoire (l'exécution d'office) et l'exécution forcée.

Ces deux postulats étant erronés, il était normal que l'analyse critique très détaillée qui en découlait le soit également.

(212) M. Eisenmann a avoué dans son article de 1930 précité qu'il ne considérait pas que la théorie de l'institution rende compte des analyses particulières d'Hauriou.

(213) Sur cette notion, voir préface de la 11^e édition du Précis de droit administratif.

D. — CONCLUSION.

La critique de M. Eisenmann qui nous semble entièrement erronée, sauf sur un point (214), a été très utile pour deux raisons.

— *D'abord, elle nous a révélé à quel point le dédain d'Hauriou pour la rigueur dans le choix des mots se retourne contre lui. Hauriou avait un dédain de grand seigneur pour les mots et les phrases. Seuls, pour lui, comptaient le raisonnement et l'intuition. Il est évident que son français est impur pour ne pas dire très incorrect. Il change le sens des mots (noms et adjectifs) selon son inspiration. S'il existe des incohérences dans Hauriou, c'est bien ici qu'il faut les trouver. Et ces incohérences formelles jointes à la pensée sans cesse évolutive et plastique de l'auteur expliquent le sentiment qui a prévalu pendant des décades dans la doctrine que cet auteur était « fumeux » et peu cohérent quant au fond. Nous avons tenté de dégager dans le chapitre premier de la deuxième partie toute la cohérence de la pensée de l'auteur. Mais cette thèse est nouvelle et contraste avec l'impression trouble que, par sa faute, Hauriou a laissée à la postérité.*

Appliqué à l'espèce, ce dédain de grand seigneur a été à l'origine de ce que nous croyons être l'erreur d'interprétation de M. Eisenmann. Si Hauriou avait dit explicitement : « exécution d'office = décision préalable », M. Eisenmann n'aurait pas construit sa critique comme il l'a fait. Sans doute, le Doyen Hauriou objecterait-il que son analyse est des plus convergentes en ce sens. Mais il est facile de lui répondre qu'il ne suffit pas d'être logique, encore faut-il être compris. Utiliser les mots qui conviennent à la place qui leur convient fait aussi partie de la science, tout au moins dans la diffusion et la vulgarisation de celle-ci.

Or, que serait une science, même parfaite, qui ne vaudrait que dans l'autarcie de la pensée de son auteur ? Le tiers du travail de l'homme de science consiste à se faire comprendre des autres pour permettre la contestation sérieuse, source du progrès de la science. Or, il est souvent difficile de contester sérieusement la pensée d'Hauriou tant l'auteur semble s'ingénier à multiplier les embûches. L'erreur même de la critique de M. Eisenmann nous a permis de remonter au grand responsable qui est Maurice Hauriou lui-même.

— *La critique de M. Eisenmann a également un autre intérêt : Le Doyen Hauriou avait non seulement le dédain des mots, mais encore celui des classifications trop claires et des systématisations très systématiques. Sans doute, avait-il raison : En science humaine, tous les éléments sont inextricablement liés entre eux et Hauriou a parfaite-*

(214) Quand M. Eisenmann critique Hauriou qui limite les effets de droit de la décision exécutoire aux seuls administrés (cours précité, p. 289), il a raison. On ne voit pas pourquoi Hauriou n'a pas songé que la décision exécutoire, une fois émise, s'imposait à l'administration elle-même.

ment senti la complexité extrême des sociétés humaines (et du réel en général). Mais toute exagération de cette tendance conduit précisément à des interprétations erronées du type de celles de M. Eisenmann. Si celui-ci avait trouvé dans l'œuvre du Doyen de Toulouse une classification sommaire de l'acte unilatéral qui peut prendre la forme de décisions impératives ou de décisions permissives, il n'aurait pas commis l'erreur d'imputer à Hauriou une confusion qui n'était pas la sienne entre tout acte unilatéral et la décision exécutoire. De même, si Hauriou avait clairement précisé que la décision exécutoire était susceptible d'exécution soit par la simple contrainte (exemples nombreux), soit par l'exécution forcée (exemple-limite), M. Eisenmann ne lui aurait pas imputé cette autre confusion de la décision exécutoire et de l'exécution forcée.

SOUS-SECTION II

LA FONCTION PUBLIQUE

On distinguera la conception générale de la fonction publique (§ 1) de la nature du lien rattachant le fonctionnaire à l'administration (§ 2). On étudiera très brièvement le sort de la théorie dans la doctrine contemporaine (§ 3).

PARAGRAPHE 1

La conception générale de la fonction publique.

Selon Duguit, la grande évolution des pays modernes consisterait en la matière dans une large décentralisation, « laquelle est la conséquence à la fois de la disparition progressive de la notion de puissance publique et de l'accroissement du nombre des services techniques » (215).

Dans cette conception, la décentralisation est réalisée dans le service public lui-même par la participation des fonctionnaires du service à sa direction. Duguit croit devoir déterminer cinq éléments de cette forme de décentralisation.

1. — Pour les services qui tendent à assurer la sécurité à l'intérieur, la protection à l'extérieur *dont la gestion ne demande pas de con-*

(215) DUGUIT, Tome I, p. 460.

naissance technique particulière mais une direction énergique, il reconnaît que les gouvernants doivent continuer à les diriger. Au contraire, la centralisation des services proprement techniques constitue en soi une contradiction. Il est contradictoire de concentrer entre les mains des gouvernants toute la direction de ces services alors qu'ils n'ont pas les connaissances spéciales indispensables.

2. — *Duguit souhaite un statut légal pour les fonctionnaires : En effet, la situation des agents des services techniques doit être indépendante de l'action arbitraire, des gouvernants et des influences politiques « C'est la condition indispensable pour que la participation d'agents techniques à la direction des services soit indépendante et correcte.*

« Nous croyons même que la décentralisation par service se rattache intimement au syndicalisme fonctionnariste. Nous croyons que la direction du service pourra venir utilement de l'organe directeur du syndicat des fonctionnaires du service, syndicat fortement constitué mais en même temps fortement discipliné, étroitement contrôlé par le gouvernement et surtout directement, effectivement et pécuniairement responsable envers les particuliers de la mauvaise gestion du service en même temps qu'il serait associé aux bénéfices pouvant résulter d'une bonne gestion (216).

3. — *Duguit envisage deux systèmes de désignation. Les agents de direction seront choisis :*

— Soit par le gouvernement parmi et parmi seulement les agents techniques;

— Soit par leurs pairs au cours d'une élection.

4. — *Mais dans tout ce système, le contrôle gouvernemental doit être maintenu avec tous les caractères que Duguit attache au pouvoir de contrôle, c'est-à-dire le droit d'approuver ou de refuser l'approbation et le droit d'annuler pour violation de la loi.*

Avec le système de la décentralisation par services « se combinera très heureusement la patrimonialisation des services, c'est-à-dire l'affectation à ce service d'un patrimoine autonome dont la gestion sera confiée sous le contrôle de l'Etat aux agents eux-mêmes » (217).

5. — *Enfin, la responsabilité personnelle et effective des fonctionnaires lui apparaît comme le complément indispensable de la décentralisation par services et la garantie de la bonne gestion. « Les fonctionnaires techniques doivent comprendre qu'ils n'obtiendront une*

(216) DUGUIT, « Traité », tome I, p. 461. Duguit dit par ailleurs que l'on devrait adopter un système de ce genre pour le ministère des P.T.T. Cette vieille revendication « coopérativiste » qu'il reprend à son compte est encore actuellement défendue par le syndicat F.O. des agents des Postes. L'éventualité d'une transformation de ce ministère en office donne un regain d'actualité à cette proposition.

(217) *Ibidem*, p. 462.

participation à la direction qu'à la condition qu'ils acceptent cette responsabilité » (*ibidem*).

Au fond des choses, la position de Duguit s'explique par la nécessaire conciliation qu'il entend opérer entre l'accroissement constant et nécessaire du nombre des services des gouvernants et le libre développement des énergies individuelles. Pour lui, la conception syndicaliste et décentralisatrice permet l'organisation en services publics des activités économiques sans accroître la puissance des gouvernants, le rôle des gouvernants devant se borner au contrôle de la gestion du service.

Il est très remarquable que ces conceptions de Duguit sont très semblables à celles que Maurice Hauriou défendait dès 1910 dans la première édition des Principes de droit public : Le Doyen de Toulouse, on l'a vu (218), considérait le syndicalisme des fonctionnaires comme une forme de décentralisation très heureuse que la puissance publique doit évidemment contrôler de façon rigoureuse. Maurice Hauriou donnait l'exemple des contrôles pesant sur l'enseignement supérieur : « Eh bien ! pour qui connaît la vie universitaire et pour qui a pratiqué les conseils de l'Université, ce luxe de précautions n'est pas inutile, il n'est pas une de ces règles qui ne soit tutélaire... Il en est de la décentralisation par la corporation comme de la décentralisation par l'autonomie départementale ou communale. Toutes ces tendances ont leurs avantages et leurs inconvénients, il existe un point d'équilibre qu'il ne faut pas dépasser où le bien l'emporte sur le mal. Si on le dépasse, c'est le mal qui l'emporte » (219).

Les positions des deux auteurs sont donc convergentes sur ce problème. Tout au plus peut-on nuancer ce point de vue : Si Hauriou songeait essentiellement aux services érigés en établissements publics, Duguit voulait étendre le système du syndicalisme fonctionnariste à tous les services techniques de l'Etat érigés ou non à l'origine en établissements publics. Duguit était plus systématique et généralisateur en ce point comme en bien d'autres. Mais il est faux d'affirmer, comme on le fait trop souvent, que la théorie du syndicalisme fonctionnariste appartient à Duguit et à Duguit seul. Avant Duguit et avec lui, Maurice Hauriou avait déjà longuement développé cette théorie.

On s'apercevra que le rapprochement entre les deux auteurs se vérifie aussi, encore que partiellement, au niveau de l'analyse technique des liens rattachant le fonctionnaire à l'administration.

(218) Première partie, chapitre I, section II, paragraphe 2.

(219) Principes, p. 493.

PARAGRAPHE 2

La nature du lien rattachant le fonctionnaire
à l'administration.

Hauriou et Duguit se rencontrent ici encore sur un point fondamental : *Ils sont tous deux violemment hostiles au contrat de fonction publique.*

Que le fonctionnaire soit élu ou nommé, il y a, selon Duguit, une manifestation de volonté dont le résultat est l'institution du fonctionnaire. Quel est le caractère juridique de cet acte de nomination ?

Selon Duguit, il y a concours de volontés sans qu'il y ait contrat, parce que les deux déclarations de volontés ne sont pas déterminées l'une par l'autre, mais que l'une est simplement la condition suspensive à l'arrivée de laquelle est subordonné l'effet juridique que doit produire l'autre. Il y a concours de volontés mais il n'y a pas contrat parce que l'acte de volonté de l'Etat qui nomme n'est point déterminé par l'acte de volonté du fonctionnaire qui accepte, mais seulement par la nécessité d'assurer le fonctionnement du service public. « Dès lors l'acceptation est simplement la condition à l'arrivée de laquelle est subordonné l'effet de l'acte de volonté de l'Etat qui nomme, mais comme tout acte conditionnel, cet acte de volonté unilatérale est juridiquement parfait par lui-même » (220).

Ainsi que le reconnaît lui-même Duguit, « Hauriou arrive à la même conclusion que nous d'une manière différente » (*ibidem*). Quelle était l'analyse d'Hauriou ?

Le Doyen de Toulouse, on l'a vu (221), est également très hostile aux thèses contractuelles. Pour lui, si la nomination du fonctionnaire est entourée de certains phénomènes de consentement, « tout phénomène de consentement n'est pas un contrat » (222). Dans sa perspective, la nomination est un acte unilatéral de l'autorité administrative qui a toutes les allures extérieures d'une réquisition ou, comme on dit, d'une commission.

Sur ce premier aspect de l'analyse, Duguit exprime hautement son accord. Mais Hauriou ajoute « Cet acte unilatéral se présente comme un ordre et non comme une offre contractuelle. L'acceptation de la nomination de la part du fonctionnaire se réduit à être l'adhésion qu'il donne à un ordre disciplinaire » (*ibidem*).

Duguit est hostile au second aspect de cette analyse. Il déclare ne pas comprendre qu'Hauriou parle d'ordre disciplinaire et d'adhésion à un ordre disciplinaire puisque, s'il en était ainsi, le fonction-

(220) DUGUIT, « Traité », Tome I, p. 470.

(221) Première partie, chapitre II, section V.

(222) Précis de droit administratif, 7^e édition, 1911, pp. 610 et suiv.

naire nommé qui n'accepterait pas commettrait une faute disciplinaire. Or, il est évident qu'il ne commet aucune faute.

Mais cette divergence est mineure et l'analyse du lien rattachant le fonctionnaire à l'administration est pratiquement identique comme l'avait d'ailleurs reconnu Duguit.

Est-ce à dire qu'en matière de fonction publique les deux auteurs convergent plus qu'ils ne divergent ? Cette opinion serait incontestablement inexacte car Hauriou ne se contente pas de l'analyse précise de la nature de ce lien. Notre auteur, on l'a vu, élargit le débat : « Il faut remonter la pente qui porte nos contemporains à voir partout du rapport juridique. Dans la réalité, bien des cas juridiques s'expliquent mieux par une combinaison des éléments : situation établie, chose, droit réel que par l'élément : rapport juridique... » (223). En effet, à ses yeux, si l'on part de la donnée des rapports juridiques, on est obligé d'adopter le point de vue intégral de la personnalité juridique et de certaines difficultés. Si, au contraire, on part de la donnée des situations établies, des choses et des droits réels, les organes des institutions apparaissent alors comme des hommes en possession de certains postes ou de certaines fonctions qui sont des situations établies dans l'institution. « Ces situations établies sont devenues des choses, mais des choses douées d'une certaine activité, ce qui n'a rien de contradictoire » (*ibidem*).

Duguit note ici avec raison la contradiction dans les termes de l'expression choses actives, une chose étant nécessairement tout ce qui est inanimé. Le Doyen de Bordeaux considère que l'institution juridique qu'est le droit réel ne peut s'adapter à la situation du fonctionnaire : Elle a été inventée par le droit romain pour assurer la protection juridique de l'affectation à une certaine quantité de richesses. Or, rien de tel ne se produirait en ce qui concerne la situation du fonctionnaire. « Celui-ci peut vouloir dans un certain domaine mais uniquement dans le but d'assurer le fonctionnement d'un service public et non pas certainement dans un but d'utilité individuelle... Les fonctions sont-elles des richesses matérielles affectées à un but individuel ? Non, évidemment. Les subtiles dissertations de M. Hauriou n'y changeront rien » (224). Il est évident aujourd'hui que la théorie des droits et statuts réels en matière de fonction publique entre en contradiction avec les deux statuts législatifs de la fonction publique de 1946 à 1959.

Pour Duguit, aucun élément de droit subjectif ne doit étayer la théorie de la fonction publique. Cette théorie lui semble reposer, comme toute théorie administrative et tout le droit public, sur des volontés individuelles qui peuvent et doivent vouloir conformément à un certain but déterminé par le droit objectif et dans les limites qu'il trace. L'élément principal de la situation active du fonctionnaire est

(223) Précis de droit administratif, 6^e édition, 1907, p. 552 et 7^e édition, 1911, pp. 620 et suiv. Cette théorie est typique du pluralisme d'Hauriou.

(224) Duguit, *ibidem*, p. 479.

incontestablement la compétence, terme qui, pour Duguit, désigne le pouvoir qui appartient à un fonctionnaire de faire tel ou tel acte se rattachant à la mission qui incombe à l'Etat. Mais la compétence elle-même n'est-elle pas un droit subjectif du fonctionnaire ? *Duguit répond résolument — et avec raison — par la négative* : Si la compétence était un droit subjectif du fonctionnaire, celui-ci aurait un moyen de faire valoir cette compétence ou de la revendiquer contre quiconque y porte atteinte. Or, il n'en est rien. « Un ministre ne peut pas revendiquer devant le Conseil d'Etat statuant juridictionnellement la connaissance d'une affaire à laquelle prétendrait un autre ministre. De même, un préfet ne peut pas revendiquer contre un autre préfet, un maire ne peut pas revendiquer contre un autre maire par la voie contentieuse, la compétence qu'ils prétendent leur appartenir. Le supérieur ne peut pas empiéter sur la compétence de l'inférieur ; et cependant, un préfet ne peut pas obtenir la répression des actes d'empiètement du sous-préfet » (225).

On n'exposera ni ne discutera plus avant la théorie de Duguit. Cependant, il faut lui rendre cette justice que son caractère « objectif » s'acclimate mieux avec les conceptions actuelles du statut de la fonction publique que la théorie des droits réels du Doyen de Toulouse.

Mais ces deux auteurs n'en sont pas moins en accord profond sur de nombreux points essentiels.

PARAGRAPHE 3

La théorie de la fonction publique dans la doctrine contemporaine.

Il faut distinguer ici la thèse négative d'Hauriou (hostilité au contrat de fonction publique) et sa thèse positive (la possession et même la propriété de la fonction par le fonctionnaire).

L'hostilité de Maurice Hauriou aux thèses contractuelles date de 1892. Il fut encore le premier dans la doctrine à dénoncer les méfaits des thèses contractuelles appliquées à la fonction publique : Pour Hauriou, admettre le contrat en la matière, c'était admettre une relative égalité entre les parties, donc la possibilité pour l'une d'entre elles de rompre le contrat et donc le commencement de ce que le Doyen de Toulouse appelle « la guerre privée » (226).

Tous les auteurs aujourd'hui approuvent cette analyse. Les deux statuts de la fonction publique de 1946 et 1958 vont dans ce sens et

(225) Duguit, *ibidem*, p. 482.

(226) Voir première partie, chapitre II, section V, paragraphe 2.

d'ailleurs l'arrêt Dlle Minaire de 1937 avait déjà annoncé l'évolution (227).

Hauriou — comme Duguit d'ailleurs mais avant lui — avait proposé une explication synthétique consistant dans le fait que le fonctionnaire n'avait cette qualité qu'en vertu de sa propre volonté mais était soumis à un statut; il était l'objet d'une réquisition virtuelle à laquelle il consentait. *L'idée de statut était donc de cinquante ans en avance sur son temps.*

Par contre, il est clair que la thèse de la possession et même pour certains fonctionnaires de la propriété de la fonction ne rencontre aucun écho aujourd'hui. Elle n'est même plus discutée dans les manuels. Elle est complètement oubliée.

SOUS-SECTION III

LA DOMANIALITE PUBLIQUE

On distinguera le fondement (§ 1) du critère (§ 2) de la domanialité publique, avant d'étudier le problème plus particulier des droits réels administratifs (§ 3). On exposera enfin brièvement le sort des conceptions d'Hauriou en matière de domanialité publique dans la doctrine contemporaine (§ 4).

PARAGRAPHE I

Le fondement.

Léon Duguit commence par exposer la théorie civiliste du patrimoine qui envisage l'ensemble des biens d'une personne comme formant une universalité de droit et ajoute que l'idée de patrimoine se déduit directement de celle de personnalité qui soumet la variété des objets sur lesquels l'homme peut exercer une volonté à un seul et unique libre arbitre. Duguit dit avec raison : « La conception civilistique et classique du patrimoine apparaît ainsi très nettement. Elle se rattache directement à celle de personnalité juridique. Tous les droits actifs et passifs ayant pour titulaire un même personne ... sont nécessairement soumis au même régime juridique, forment un tout juridique qui est précisément le patrimoine » (228).

Le Doyen Duguit admet qu'en droit privé les difficultés causées par cette théorie sont importantes mais non absolument décisives.

(227) C.E. 22 octobre 1937, Rec. 843, D. 1938.349, conclusion Lagrange, note Eisenmann. Voir aussi de Laubadère, Traité, p. 23 ; Waline, Traité, 8^e éd., p. 800 ; Vedel, Manuel, p. 535 ; Rivero, Précis, p. 426.

(228) *Op. cit.*, Tome III, p. 298.

Pour l'Etat, par contre, le problème, nous dit-il, s'est présenté dans des conditions particulières. Pour les collectivités secondaires, on a pu dire que l'Etat par sa toute-puissance leur attribue la personnalité et que devenant ainsi, par le fait du prince, des personnes juridiques, elles peuvent avoir un patrimoine. Mais pour l'Etat, on ne peut raisonner ainsi : « J'ai montré au tome I, p. 411, les difficultés insurmontables auxquelles on se heurte quand on veut faire de l'Etat une personne titulaire du droit subjectif de puissance publique. Les difficultés, je devrais dire les impossibilités, sont les mêmes quand on veut faire de l'Etat un sujet de droit patrimonial, une personnalité patrimoniale » (229).

Les difficultés lui paraissent même accrues du fait qu'on doit combiner cette personnalité patrimoniale de l'Etat avec sa personnalité de puissance publique. On ne peut alors expliquer comment l'Etat est en même temps ou suivant les cas une personnalité patrimoniale et une personnalité de puissance publique.

Duguit remarque alors avec raison que les théories se sont succédées sans trancher le problème : Ducrocq a longtemps enseigné, à la suite du droit romain, que l'Etat était à la fois personne de puissance publique et personne titulaire de droits patrimoniaux. C'est l'Etat législateur qui, par sa toute-puissance, crée l'Etat patrimonial.

Mais cette doctrine fut combattue en Allemagne par Jellinek et en France par Michoud (Théorie de la personnalité morale) et Hauriou (différentes éditions de son Précis de droit administratif).

Comme l'a remarqué Duguit, Hauriou, dans un premier temps, a admis la théorie de la double personnalité de l'Etat (230). Il a ensuite renié sa position initiale au profit de la théorie unitaire de la personnalité étatique et ce qui l'a déterminé résidait dans le but pratique auquel il entendait parvenir : Donner un fondement juridique au caractère obligatoire des contrats passés par l'Etat et à la responsabilité de l'Etat à l'occasion des actes apparaissant comme une manifestation de la puissance publique (231).

Le raisonnement d'Hauriou (et de Michoud) peut se résumer ainsi : Il est inadmissible que l'Etat puissance publique puisse violer sans indemnité un contrat passé par l'Etat personne privée. *Le dualisme de la personnalité étatique conduit à cette malhonnêteté. Au contraire, la théorie unitaire permet de lier les deux aspects de l'activité étatique.* Que pense Duguit de cette position ? Il approuve la solution

(229) *Op. cit.*, Tome III, p. 298.

(230) Voir à cet égard « Etude sur le droit administratif français », section III de l'Introduction.

(231) Au contraire, l'Ecole de la Herrschaft avait soutenu l'unité et l'indivisibilité de l'Etat à l'occasion des actes surtout pour établir que l'Etat n'est lié par ses contrats que dans la mesure où il ne veut. Dans « Allgemeine Staatslehre » Jellinek a formellement écrit (p. 340) : « L'Etat est placé plus haut que toute règle de droit particulière comme l'étude des rapports de droit public interne nous l'a appris. »

des auteurs français mais estime complètement inutile la fiction de la personnalité morale.

D'autre part, il pense que la théorie unitaire des Français est moins logique que la théorie allemande qui tire de l'unité de l'Etat l'idée que celui-ci ne dépend de personne, qu'il peut seulement pratiquer une autolimitation, ce qui ne constitue pas une garantie puisqu'il peut reprendre ce qu'il a un jour donné. Duguit sur ce point se refuse à comprendre la notion d'auto-limitation objective.

Duguit propose alors une théorie de substitution : Selon lui, il ne faut jamais perdre de vue cette idée que ce qui protège le droit objectif, c'est un certain but poursuivi par des volontés humaines. Ce but est protégé lorsqu'il est conforme au droit objectif et il est protégé par l'ouverture de voies de droit très variables dans leur organisation et leurs effets mais ayant toutes et toujours ce caractère commun qu'elles impliquent l'intervention de la force collective. « Dans ce qu'on appelle le patrimoine d'une personne, il n'y a pas en réalité autre chose que l'affectation socialement protégée d'une certaine quantité de richesses à un but déterminé. Cette affectation est protégée par l'ouverture des voies de droit établies par le droit objectif considéré » (232). Le fond de la pensée de Duguit est que si le patrimoine est un ensemble de droits, il faut nécessairement une personne patrimoniale. *Mais si le patrimoine est un ensemble de richesses affectées à un certain but, cette affectation peut être socialement protégée sans qu'il existe une personne titulaire de ce patrimoine.*

Enfin, Duguit entend réfuter une objection que lui font à la fois les privatistes (233) et Hauriou : Il est vrai qu'il n'y a pas dans la réalité des choses des droits subjectifs patrimoniaux pas plus qu'il n'y a de droits subjectifs de puissance publique. Mais les choses se passent comme si tout cela existait. Il y a dans tout cela un procédé de construction juridique d'ordre technique, commode, dont il y a intérêt à se servir. Duguit répond alors solennellement : « A la rigueur, on peut, pour faire comprendre à des étudiants cette question des patrimoines collectifs, leur dire que les choses se passent approximativement comme si une collectivité en général, comme si l'Etat en particulier, était une personne; mais c'est là tout au plus un procédé d'enseignement élémentaire qu'il faut se hâter d'abandonner quand on veut faire *une étude sérieuse et véritablement scientifique* » (234).

On rejoint ici une observation déjà faite : La grande opposition entre Hauriou et Duguit au-delà des discussions techniques ou même de la philosophie de l'Etat se situe sur le plan de la conception générale du droit : *Duguit refusait toute conception fonctionnelle.* Ou un concept existe dans la réalité, ou il n'existe pas. Mais Duguit pense

(232) *Op. cit.*, Tome III, p. 309.

(233) SALEILLES, « Personnalité juridique », 1910 et GENY, « Science et technique », III, 1921.

(234) *Op. cit.*, Tome III, p. 317.

qu'il est impossible d'inventer un concept pour le faire servir à un but déterminé. A cela, il est vrai, on peut répondre que le concept de « règle de droit objective » a bel et bien été inventé — et non dégagé comme le prétend Duguit — pour éliminer les méfaits du droit subjectif et assurer une efficace limitation de l'Etat...

Face à la théorie du patrimoine d'affectation qui découle logiquement du refus de la personnalité étatique, Hauriou, on l'a vu, dressait sa théorie de la propriété administrative qui découlait elle aussi logiquement de son acceptation de la personnalité de l'Etat. *Aujourd'hui (§ 4) la doctrine et la jurisprudence admettent unanimement la théorie de la propriété administrative et, par voie de conséquence, implicitement mais nécessairement la théorie de la personnalité morale de l'Etat.*

PARAGRAPHE 2

Le critère de la domanialité publique.

Alors que l'analyse du fondement de la domanialité publique avait permis de déceler une véritable contradiction entre les deux éminents Doyens, l'analyse du critère de la domanialité publique permet de montrer la grande proximité, sinon l'identité, de leurs points de vue.

Hauriou, dès 1892, avait, on l'a vu, contre Berthélémy et Ducrocq, défendu le premier la thèse très actuelle de l'affectation à l'utilité publique entendue en ses deux sens fondamentaux :

- affectation à l'usage de tous;
- affectation au service public (235).

Pour Duguit, « ce principe de la distinction entre le domaine public et le domaine privé est incontestablement exact, précisément parce qu'il répond à la distinction des activités qui sont ou non érigées en service public » (236).

Sur ce point, il n'existe aucun désaccord et le fait que Maurice Hauriou lie domaine public à service public montre une fois de plus, s'il en était besoin, que celui-ci ne dédaignait nullement la notion de service public.

Tout au plus, peut-on faire remarquer ici que Duguit ne semble pas avoir précisément songé à l'affectation à l'usage de tous. *Mais, en sens inverse, Hauriou n'avait pas songé à trouver de critère réducteur.* La thèse d'Hauriou était que tout bien affecté à l'usage de tous ou au service public faisait partie du domaine public. Cette conception était trop extensive et avec raison Duguit a proposé de ne pas couper de façon abrupte arbitrairement le domaine de l'Etat en domaine public

(235) Voir première partie, chapitre II, section IV, paragraphe 2.

(236) *Op. cit.*, Tome III, p. 322.

et domaine privé et proposé une échelle de la domanialité publique. Cette idée a été par la suite reprise et développée par M. Duverger qui avait proposé de distinguer la domanialité complète des biens affectés au public et la domanialité restreinte des biens affectés au service public (237). Manifestement la jurisprudence va aujourd'hui plutôt dans le sens des critères prétendument réducteurs mais en fait très extensifs : Dans une affaire Société le Béton (238), le Conseil d'Etat a admis une conception très extensive de la notion d'aménagement spécial et il lui a été reproché (239) d'avoir consacré la notion d'affectation virtuelle à l'usage public qui restreint considérablement le champ de la domanialité privée. Cette position jurisprudentielle se situe bien dans le sens des analyses extensives d'Hauriou. Mais le débat est loin d'être terminé sur ce point.

PARAGRAPHE 3

Les droits réels administratifs.

Duguit est très hostile à la théorie des droits réels administratifs et il est sur ce point fort peu convaincant.

Il commence par affirmer qu'il est bien difficile de savoir ce que c'est qu'un droit réel en général et qu'en conséquence il est encore plus difficile de savoir ce que c'est qu'un droit réel public. Or, cette première opinion est fausse : les civilistes du temps de Duguit comme les civilistes contemporains savent très bien ce que c'est qu'un droit réel. « C'est un rapport juridique immédiat et direct entre une personne et une chose. Sous un tel rapport de droit on rencontre un sujet actif, le titulaire du droit et un objet, la chose sur laquelle s'exerce ce droit; mais pas de sujet passif à moins que l'on considère, ce qui revient au même, que toutes les personnes autres que le titulaire du droit sont sujets passifs : toutes doivent respecter ce droit » (240).

Duguit a donc tort sur ce premier point : la définition des civilistes est fort claire. Par ailleurs, Duguit trouve critiquable l'affirmation d'Hauriou selon laquelle ce qui constituerait la différence entre les droits réels publics et les droits réels privés c'est que les premiers seraient toujours atteints de précarité et que les autres ne le seraient pas.

— *D'une part, selon Duguit, si cette proposition est vraie, elle n'établit pas une différence de nature entre les droits réels publics et les droits réels privés. Il y aurait seulement une différence de*

(237) DUVERGER, « L'affectation des immeubles domaniaux aux services publics », Thèse, Bordeaux, 1946.

(238) 19 octobre 1956, D. 1956.681, Concl. Long ; J.C.P., 1957.II.9765, note Blaevoet ; A.J., 1956.II.472 et 488, Concl. Long et Chronique Fournier et Braibant ; Revue administrative, 1956-617 et 1957-131, note Liet-Veaux et Morice.

(239) Articles précités, revue administrative, 1956-1957.

(240) MAZEAUD, « Traité de droit civil », tome II, p. 1019.

durée, une différence touchant les causes qui peuvent amener l'extinction des uns et des autres. Mais cela ne toucherait en aucune façon la nature intrinsèque des uns et des autres, qui reste identique.

Or, sur ce point, Hauriou n'a jamais prétendu le contraire. Il a toujours pensé que les droits réels administratifs n'étaient pas radicalement différents des droits réels privés. L'idée de gradation que suggère Duguit était implicitement contenue dans la notion même de cette catégorie mixte.

— *D'autre part*, Duguit remarque qu'il y a bien des exemples de droits réels qui sont certainement des droits privés et qui sont cependant précaires, puisque les parties peuvent toujours convenir qu'un droit réel est concédé à titre précaire.

Or, cette constatation ne gêne nullement Hauriou qui a tenté de rapprocher dans une certaine mesure droits réels privés et droits réels publics et n'aurait donc pas été surpris par une telle analyse.

— *Enfin*, « rien ne s'oppose à ce que des concessions de droits réels faites par une personne dite publique soient irrévocables *du moins pendant une durée déterminée...* » (241).

Ce troisième « reproche » nous paraît particulièrement verbal et inopérant car si la personne publique peut considérer des droits réels à titre irrévocable, Duguit s'empresse d'ajouter (fort heureusement) du moins pendant une durée déterminée, ce qui constitue une remarquable incohérence dans une même phrase... D'ailleurs, même dans le cadre de cette durée déterminée, il nous paraît douteux que l'administration qui s'est liée à l'avance soit dans l'incapacité de se délier au cas où l'intérêt public serait en jeu.

Rien ne nous paraît donc devoir subsister de la critique de Duguit des droits réels administratifs.

PARAGRAPHE 4

La doctrine contemporaine.

On distinguera le fondement (a) du critère (b) de la domanialité publique.

a) *En ce qui concerne le fondement de la domanialité publique, l'ensemble de la doctrine a accepté la thèse d'Hauriou relative à la propriété administrative.* Ainsi que le dit M. de Laubadère (242) « c'est à Hauriou que revient le mérite d'avoir introduit dans la doctrine l'idée de la propriété des collectivités administratives sur leur domaine public. On peut dire que depuis lors l'idée n'a jamais cessé de gagner du terrain, non seulement chez les disciples d'Hauriou tels que Mestre,

(241) DUGUIT, *Traité*, tome I, p. 534.

(242) *Traité*, 1963, n° 238.

Rigaud (La théorie des droits réels administratifs), mais dans la doctrine en général (Waline « Mutations domaniales », Bonnard, Roland) ». A quoi il faut ajouter qu'aucun des grands traités ou manuels ou précis actuels ne contient d'arguments défavorables à la thèse d'Hauriou. On peut affirmer qu'elle a triomphé intégralement (243) pour quatre raisons :

1. — « Les objections élevées contre propriété sont réfutables » (244) :

L'*usus* existe au moins pour le domaine affecté aux services; le *fructus* apparaît dans les revenus et utilités diverses que l'administration retire de plus en plus du domaine public; l'inaliénabilité prouverait plutôt la propriété car l'interdiction d'aliéner serait inutile si l'Etat n'était pas propriétaire; en outre, il est difficile d'admettre que la désaffectation du domaine public qui a pour effet de permettre son aliénation ait pour vertu un droit de propriété qui n'ait préexisté.

2. — « L'idée de propriété est utile pour résoudre de nombreux problèmes que soulève le régime du domaine public » (245). Qui a la charge de l'entretien d'un bien domanial ? Qui doit répondre des dommages qu'il peut occasionner ? A qui reviennent les revenus qu'il peut procurer ? Dans quel patrimoine tombera sa valeur vénale le jour où, après déclassement, il sera vendu ? Toutes ces questions ne peuvent être résolues que dans le cadre de la théorie de la propriété comme l'a très bien aperçu le premier M. Waline dans sa thèse sur « Les mutations domaniales ».

3. — « L'idée de propriété correspond aux tendances générales de notre droit administratif en matière de domanialité publique » (246). A l'époque moderne, s'est manifesté un besoin : celui de favoriser pour l'administration l'exploitation des utilités économiques que peut comporter le domaine public considéré comme un bien, comme une richesse collective.

4. — Enfin, la jurisprudence a consacré cette thèse :

— D'une part, elle l'a énoncée directement dans un arrêt Piccioli (247).

— D'autre part, l'idée de propriété résulte de toute une jurisprudence relative à l'action en revendication (248), aux actions possessoires

(243) Voir par exemple VEDEL, D.A., p. 564 ; WALINE, D.A., p. 670 ; RIVERO, p. 407.

(244) De LAUBADÈRE, 1963, n° 239.

(245) De LAUBADÈRE, 1963, p. 130.

(246) *Op. cit.*, p. 131.

(247) 12 janvier 1923, S. 1925.3.17 ; note Hauriou.

(248) Cass., 11 juillet 1892, S. 1893.139.

res (249), au droit d'acquérir la mitoyenneté (250), au droit d'acquérir les biens par les effets accessoires de la propriété (251).

Cette propriété des collectivités publiques est-elle identique à celle du Code civil ? Hauriou, on l'a vu, répondait négativement par sa théorie de la propriété administrative qui inclut toutes les vertus de la propriété *pourvu qu'elles soient compatibles avec l'affectation*. La doctrine actuelle (252) approuve cette idée d'une propriété d'un type spécial compatible avec l'affectation. *On ne peut dès lors que s'étonner de la position de M. de Laubadère quant à la théorie des droits réels administratifs défendue par Hauriou et qui dépendait logiquement de la théorie de la propriété administrative*. Hauriou et ses disciples estimaient que l'on doit distinguer de la situation du public utilisant anonymement le domaine les utilisations qui impliquent une occupation privative ou même une individualisation suffisante sur une portion du domaine. Les situations de ce type constituent, selon lui, des droits réels, démembrements de la propriété administrative, droits réels d'un type spécial appelés droits réels administratifs. Cette qualification médiane permet d'expliquer l'opposabilité aux tiers dans des conditions analogues à celles des droits réels ordinaires, en particulier par la protection des actions possessoires, en même temps que la grande précarité de la position de l'occupant privatif vis-à-vis de l'administration qui peut toujours mettre fin à l'occupation soit par un retrait, soit au moins par une désaffectation du domaine public.

Or, M. de Laubadère pense que « précisément cette précarité ou inopposabilité à l'administration propriétaire constitue l'objection la plus grave et à notre avis décisive que l'on a pu faire à la théorie, car en dépouillant le prétendu droit réel de son efficacité et de sa protection la plus importante, elle aboutit non seulement à une transposition mais à une dénaturation de la notion de droit réel » (253).

La contradiction de M. de Laubadère nous semble ici double :

— *D'une part*, il reproche à la théorie des droits réels administratifs de dépouiller le droit réel de son efficacité en lui enlevant sa protection la plus importante vis-à-vis de l'administration. Comment M. de Laubadère peut-il faire ce reproche alors qu'il a parfaitement admis en matière de « propriété administrative » que ce concept était fort utile et permettait de tirer tous les effets de droits habituels à la notion de propriété *pourvu qu'ils soient compatibles avec l'affectation* ? C'est exactement le même raisonnement que fait Hauriou pour les

(249) Cass., 6 juillet 1896, S. 1896.1.252.

(250) Cass., 14 février 1900, D. 1900.1.593.

(251) Accession Cass., 12 décembre 1832, S. 1833.135 ; perception des fruits naturels, C.E., 24 février 1911, Jacquemin, S. 1912.3.73 ; acquisition du trésor trouvé, C.E., 12 janvier 1923, précité.

(252) Voir à titre d'exemple M. de LAUBADÈRE, n° 241, Traité, 1963. Voir aussi même auteur, « Domanialité publique, propriété administrative et affectation », R.D.P., 1950, p. 5.

(253) *Op. cit.*, p. 190, n° 363.

droits réels administratifs qui confèrent des garanties à l'occupant privatif pourvu que ces garanties soient compatibles avec toute la latitude que l'administration doit pouvoir conserver en la matière. *Le procédé des deux raisonnements est identique. Pourquoi M. de Laubadère admet-il le premier raisonnement et réfute-t-il le second ?*

— *D'autre part*, si l'on admet la thèse de la propriété, il nous paraît logique d'admettre que celle-ci — propriété administrative d'un type spécial — puisse être démembrée en des droits réels, droit réels administratifs eux aussi d'un type spécial.

En droit privé, le droit réel est un démembrement de la propriété : *Si l'on transpose le concept de propriété en droit public, pourquoi ne pas en accepter toutes les conséquences pourvu qu'elles soient compatibles avec l'affectation ?* Or, en l'espèce, cette catégorie de droits réels administratifs respecte précisément la latitude de l'administration. Si l'on admet la thèse de la propriété administrative, il faut donc admettre logiquement celle des droits réels administratifs, démembrements de celle-ci.

La contradiction de M. de Laubadère est donc double. Mais il faut reconnaître que son hostilité à la thèse des droits réels administratifs est partagée par la doctrine, en particulier par Duguit, Jèze et M. Trotabas. Duguit et Jèze sont logiques avec eux-mêmes puisqu'ils rejettent l'idée de propriété (254). Le Doyen Trotabas est moins logique puisqu'il admet cette thèse (255).

L'ensemble de la doctrine, admettant sans réserve la thèse de la propriété administrative, *devrait* admettre logiquement la thèse des droits réels administratifs.

b) Le critère de la domanialité publique.

Hauriou, le premier, bien avant Duguit, avait proposé de différencier le domaine public du domaine privé à partir de la notion d'affectation à l'utilité de tous ou au service public.

Or, l'ensemble de la doctrine contemporaine a accepté ce point de vue. Il est vrai, qu'en la matière, Hauriou n'était pas seul puisque Léon Duguit défendait la même thèse.

Mais le critère de l'affectation était trop large et tout en le maintenant, Duguit tenta de le corriger par la notion d'échelle de la domanialité publique, source de la pensée contemporaine en faveur de critères réducteurs.

Ainsi aujourd'hui, l'influence d'Hauriou en la matière doit-elle être analysée avec nuances :

— S'il s'agit du principe de l'affectation, l'unanimité de la doctrine s'est faite sur ce point. Il suffit d'ouvrir les différents ouvrages, thèses ou manuels pour vérifier cette assertion (256).

(254) DUGUIT, *Traité* III ; JÈZE, R.D.P., 1910.695.

(255) « Des utilisations du domaine public par les particuliers », Thèse, Paris, 1924.

(256) JANSSE, « Les traits principaux du régime des biens du domaine public », 1938 ; DUVERGER, « L'affectation des immeubles domaniaux aux services publics » ;

— Par contre, l'aménagement de ce principe ne va pas dans le sens de la notion la plus extensive de l'affectation défendue par Hauriou. Tous les auteurs à la suite de Duguit se sont ingéniés à trouver des critères réducteurs (257).

Nous retrouverons ces mêmes nuances dans les développements relatifs à la fonction publique.

SOUS-SECTION IV

LES CONTRATS ADMINISTRATIFS

Sur le plan général de l'existence de contrats administratifs, on a déjà vu que pour Duguit, les contrats administratifs ne sauraient se distinguer des contrats de droit privé, ne sauraient contenir des pouvoirs supérieurs dont jouirait en dernière analyse la seule administration puisque les gouvernants ne sauraient avoir de droits supérieurs aux gouvernés (258). On a déjà vu que pour Duguit, une certaine confusion existe entre le droit public et le droit privé. Sur ce point, il est clair que la jurisprudence et la doctrine ultérieures ont donné tort à Duguit et reconnu l'autonomie de la notion de contrat administratif, ce que Hauriou n'avait jamais nié (259).

Mais le Doyen de Toulouse n'a jamais été très inspiré par la théorie des contrats administratifs à laquelle il consacre des passages dérisoires — en qualité et en quantité.

Sur un point cependant, il adopte une théorie originale où il se rencontre, encore que partiellement, avec Léon Duguit.

La concession de service public a été envisagée par Hauriou comme une combinaison de deux intentions. C'est dans sa note précitée sous l'arrêt Croix de Seguey-Tivoli, que le Doyen de Toulouse développe cette théorie.

Hauriou commence par répéter qu'il existe un droit des administrés aux bénéfices du service public et il applique cette idée aux services publics concédés qu'il considère régis par la même règle. Cependant, il s'objecte à lui-même « Mais, dira-t-on, dans le cas des services publics concédés, il y a bien un cahier des charges stipulé dans l'intérêt du public, ce cahier des charges contient bien des droits contractuels. Oui et non ». *Pour Hauriou, dans les rapports entre l'admi-*

C. MAROGER, « L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs » ; J. DUFAY, « Le domaine public », J.C.A., fasc. 405 et suiv. ; de LAUBADÈRE, « Traité », p. 141 ; WALINE, « Traité », 8^e édition, p. 940 ; VEDEL, « Manuel », p. 564 et suiv. ; RIVERO, « Précis », p. 578, etc.

(257) C'est un des rares cas où une thèse administrative de Duguit l'emporte contre une thèse d'Hauriou.

(258) Voir sous-section sur l'autonomie du droit administratif.

(259) On n'insiste pas sur des points bien connus et déjà exposés.

nistration et le concessionnaire, il y a contrat; vis-à-vis des administrés, il y a situation réglementaire. A ce point, le cahier des charges, comme les tarifs, lui paraît comme un règlement « vis-à-vis du public, un service public concédé ou non n'est qu'une institution légale ou réglementaire et ne crée que du statut réel » (note précitée) (260).

La position à laquelle parvient Duguit est identique puisque comme Hauriou il estime que la nature juridique de la concession de service public est mixte. *Mais son cheminement intellectuel est différent.* Dans le tome I de son Traité dit de « Droit constitutionnel », il analyse la concession de service public comme une convention, mais une convention à caractère complexe, à la fois convention-loi (que signifie cette contradiction dans les termes) et convention-contrats (que signifie cette redondance convention et contrats ?).

— *Les premières*, les clauses qui déterminent le mode et les conditions d'exploitation du service public concédé forment véritablement la loi de ce service. Cette partie de la convention n'est en rien contractuelle. Il y a une union, une Vereinbarung caractérisée « Le droit commun des contrats doit être complètement écarté et les litiges qui peuvent s'élever à cet égard entre le concédant et le concessionnaire doivent être réglés d'après des principes différents fondés sur cette idée primordiale que le fonctionnement du service public doit être assuré d'une manière ininterrompue et au mieux des intérêts du public qui en use » (261). On remarquera ici que Duguit se contredit encore une fois puisqu'il avait affirmé que les gouvernants ne devant avoir plus de pouvoir que les gouvernés, il n'y avait pas lieu d'envisager d'autres rapports contractuels que des rapports de droit commun. *Il faut saluer son réalisme qui le pousse à oublier quand il le faut sa philosophie juridique générale. Il faut pourtant remarquer l'incohérence.*

— *Les secondes* sont des clauses contractuelles qui établissent des obligations déterminées qui imposent aux parties, concédant ou concessionnaire, l'accomplissement de certaines prestations vis-à-vis l'une de l'autre, par exemple l'obligation de subvention ou de garantie d'intérêt pour le concédant, l'obligation de redevance ou de partage des bénéfices pour le concessionnaire.

La position de Duguit — pour contradictoire qu'elle soit avec son propre système — rejoint finalement celle d'Hauriou : Ils interprètent tous deux la concession de service public comme un complexe juridique mixte. La jurisprudence confirmera cette analyse ainsi qu'on le verra dans le chapitre II de cette partie.

Il n'en reste pas moins qu'en matière de contrats, comme en d'autres, Maurice Hauriou était mieux armé que Duguit. Celui-ci refusant la notion de puissance publique mais acceptant l'idée de force prééminente des gouvernants se plaçait dans une contradiction fonda-

(260) Sur tous ces points, voir également note Hauriou sous C.E., 14 février 1902, Blanleuil et Vernaudeau S., et 1904.3.81. Notes d'arrêts III, p. 437.

(261) DUGUIT, Traité, tome I, p. 314.

mentale qui commandait toutes les autres et, en particulier, sa contradiction en matière de contrats administratifs. Maurice Hauriou, au contraire, qui avait sans cesse combiné l'idée de but et l'idée de moyens, la finalité sociale et les prérogatives exorbitantes, le service public et la puissance publique avait pu fonder l'autonomie du droit administratif, c'est-à-dire en l'espèce la distinction d'évidence entre contrats administratifs et contrats de droit commun.

SOUS-SECTION V

LA THEORIE DE LA RESPONSABILITE

Duguit commence par déclarer que la responsabilité, telle qu'on l'a comprise pendant des siècles, ne pouvait être fondée que sur une faute, une *injuria*. Or, cette responsabilité ne peut violer le droit puisque l'Etat souverain a une volonté qui ne peut pas être limitée par une règle à elle supérieure. De plus, l'Etat faisant le droit par sa propre volonté, on ne peut pas concevoir qu'il le viole.

Sur ce point, Duguit est assez peu convaincant :

En effet si, dans un premier temps, l'Etat n'a accepté aucune limitation, par la suite, l'auto-limitation objective telle que la défendait Hauriou (et non l'auto-limitation subjective de l'Ecole allemande) permet d'expliquer que l'Etat, sans abdiquer sa puissance, ait été contraint par la pression des mœurs et de l'opinion de « lâcher du lest », ceci se traduisant notamment par la reconnaissance de sa propre responsabilité.

Selon Duguit, la première porte ouverte par où s'introduira rapidement tout le système de la responsabilité étatique est constituée par l'article 17 de la Déclaration des droits de 1789 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ». La Déclaration des droits reconnaît donc implicitement que lorsque la liberté, la souveraineté sont en conflit, c'est la souveraineté qui l'emporte; mais « si au contraire l'Etat prive l'individu de tout ou partie de sa propriété, si souveraineté et propriété entrent en conflit, c'est celle-ci qui doit avoir le dessus » (262).

Mais quel est le fondement de la responsabilité de l'Etat ?

Duguit affirme avec fougue que seule la théorie du risque permet d'expliquer la responsabilité de l'Etat. Il pense que toutes les fois que l'individu se trouve placé en présence d'une grande collectivité, le système de la responsabilité subjective pour faute ne peut jouer.

(262) DUGUIT, Traité, tome I, p. 429.

La principale raison en est que, ainsi qu'on l'a vu, aux yeux de Duguit, la personnalité des collectivités est une fiction et qu'en conséquence on ne peut parler de la faute de la collectivité. *Dira-t-on au moins, selon un mode de raisonnement fonctionnel cher à Hauriou, que la personnalité constitue au moins en la matière un procédé commode de technique juridique.* Duguit nie ce point de vue.

Parler des crimes d'une nation ou d'une collectivité quelconque, c'est pour Duguit une formule purement littéraire. « Seul un individu humain possède une volonté consciente; seul il peut violer le droit, seul il peut commettre une faute, délit civil ou infraction pénale » (263).

La conséquence en est qu'à ses yeux, « on ne peut édifier la responsabilité de l'Etat que sur l'idée d'une assurance sociale, supportée par la caisse collective au profit de ceux qui subissent un préjudice provenant du fonctionnement des services publics, lequel a lieu en faveur de tous » (*ibidem*).

L'activité étatique s'exerce dans l'intérêt de tous. Si donc il résulte de celle-ci un préjudice spécial pour quelques-uns, la collectivité doit le réparer qu'il y ait faute des agents publics, soit même qu'il n'y en ait pas. Si l'Etat est déclaré alors responsable, ce n'est point parce qu'il aurait commis lui-même une faute par l'organe de ses agents; c'est uniquement parce qu'il assure tous les administrés contre tout le risque social.

En partant d'une telle conception, Léon Duguit ne pouvait manquer d'accorder une grande importance à la théorie de la responsabilité de l'Etat à l'occasion des dommages causés aux propriétés par l'exécution de travaux publics. Après un long exposé de la question (dont les données sont trop connues pour les répéter ici), il conclut pour ce premier type de dommage comme pour le dommage résultant de l'exploitation d'un ouvrage public, que la jurisprudence paraît admettre la responsabilité de l'Etat par cela seul que cette exploitation cause un dommage, sans que le requérant ait à faire la preuve qu'une faute de service a été commise « L'idée d'assurance est seule appliquée dans les deux cas » (264).

En ce qui concerne la responsabilité générale de l'Etat administrateur, le problème était plus difficile à résoudre. *Duguit polémique alors avec Hauriou en utilisant un raisonnement qui ressemble beaucoup à un jeu de mots.*

Hauriou dans sa note précitée sous l'arrêt Tomaso Greco avait interprété, comme on l'a vu, l'expression du Conseil d'Etat « faute du service public » comme hostile à la théorie du risque ou à la responsabilité objective et favorable à la responsabilité pour faute de l'Etat. Le contexte de l'arrêt, le revirement consécutif au scandaleux arrêt Lepeux qui avait provoqué des protestations doctrinales permettaient cette interprétation. Que répond Duguit ?

(263) DUGUIT, tome I, p. 435.

(264) *Ibidem*, p. 450.

Duguit estime que rien ne permet de dire que la faute du service public ait été assimilée par le Conseil d'Etat à une faute de l'Etat : Selon l'interprétation du Doyen de Bordeaux, le Conseil d'Etat entendait par faute du service public, la faute des agents de l'Etat qui tout en restant dans le domaine du service ont commis une faute « La possibilité d'une pareille faute constitue évidemment un risque, la question est de savoir qui le supportera définitivement, l'administré ou l'administration ? Le Conseil d'Etat décide que ce sera l'administration dont la responsabilité reste bien ainsi fondée et ne peut être fondée que sur le risque » (265). Ce raisonnement laisse le lecteur rêveur...

Par ailleurs, Hauriou distinguait la faute de service du fait de l'agent « qui comprend les négligences, les omissions, les erreurs qui sont dans les habitudes du service, lorsque ces habitudes sont mauvaises » (266). Cette doctrine fut approuvée et développée par M. Dupeyroux dans sa thèse sur « Faute personnelle et faute du service public, étude jurisprudentielle sur la responsabilité de l'administration et de ses agents » (267), puisque cet auteur défend la notion de *faute objective du service public*. « Quand il y a faute de tout le monde, il n'y a faute de personne et un service où tous les agents sont coupables d'un relâchement général dans l'exercice de leur fonction est un service qui, par son niveau médiocre de fonctionnement, mérite d'endosser la charge des dommages qu'il causera aux particuliers ». Que répond Duguit à cette analyse ?

Il la qualifie de chimérique, s'il y a faute elle se rapporte nécessairement à une personne et ne peut donc être qualifiée de faute objective. S'il y a faute dans le fonctionnement d'un service public, ce ne peut être qu'une faute d'un ou plusieurs agents du service. « Considérer la faute d'une autre manière, y voir celle de l'Etat personnifié ou celle de son entité service public que l'on crée artificiellement et de toutes pièces, c'est se placer en dehors de la réalité » (268).

On aperçoit ici encore toute l'importance de la théorie de la personnalité morale de l'Etat. Pour ceux qui l'acceptent, la théorie de la faute de service est très logique et explicable : la faute sera imputée au service sujet de droit. Pour ceux qui refusent la théorie de la personnalité, il y aura toujours logiquement faute personnelle de l'agent. La conséquence en est que la faute de l'agent étant (en première ligne tout au moins) prise en charge par l'administration, il est impossible de parler de théorie administrative de la faute. Si l'administration responsable prend malgré tout à sa charge l'indemnité, il faut inévitablement parler de théorie du risque.

Dans sa note précitée sous l'arrêt Regnault-Desroziers, Hauriou avait donné, à juste titre, une interprétation restrictive de cette jurispru-

(265) *Ibidem*, p. 457.

(266) 10^e édition du Précis de droit administratif, p. 374.

(267) Thèse, Paris, 1922, pp. 212, 217, 241.

(268) *Ibidem*, p. 461.

dence : « Toujours est-il que l'on commence à se défier des nouveautés. Nous serions bien surpris s'il ne se préparait pas une ère de conservatisme et de retour aux idées classiques. Voilà pourquoi nous disons que le Conseil d'Etat a mal pris son temps pour se rallier à la théorie du risque dans des conditions telles qu'il semble faire de cette nouveauté un nouveau droit commun. Si telle a été son intention, il a commis un anachronisme ». Hauriou en déduisait que la décision du Conseil d'Etat était exceptionnelle, qu'elle était déterminée par les circonstances particulières de la guerre, que l'idée d'une responsabilité générale, en l'absence de toute faute de service ne pourrait se maintenir et que la jurisprudence reviendrait bientôt à la pure conception de la faute de service.

Duguit répond alors qu'en 1920 un arrêt est venu au secours de la jurisprudence Regnault-Desroziers (269) et que la responsabilité administrative de l'Etat est bien ainsi devenue une responsabilité générale pour risque s'étendant à tout dommage occasionné à un particulier par le fonctionnement même régulier d'un service public.

« C'est la solution logique et la logique finit toujours par triompher ... Mon savant ami (Hauriou) paraît bien avoir été mauvais prophète » (270).

Ces lignes prêtent aujourd'hui à sourire mais il faut reconnaître que le raisonnement de Duguit forme un bloc intellectuel logique, explicatif de ses idées en la matière : C'est bien parce que cet auteur niait la personnalité morale qu'il était amené à déplorer l'existence de la théorie de la faute de service. Niant la personnalité morale, il ne pouvait admettre que la faute personnelle. Or, comme celle-ci est nécessairement prise en charge par l'administration (car il n'existe le plus souvent pas de corrélation entre les incidences financières de telle ou telle faute de l'agent avec ses possibilités personnelles de réparation), Duguit en tire la conclusion d'un inévitable développement de la théorie du risque, seule explicative de cette prise en charge systématique de la faute personnelle par l'administration. Cette théorie de la responsabilité objective étant par ailleurs conforme à sa vision générale de la règle de droit objective.

Le raisonnement est donc cohérent.

Mais d'une part sur le plan pratique, la conception générale de Duguit de la responsabilité pour risque n'a pas été consacrée par la jurisprudence ultérieure. *D'autre part*, ses prémisses logiques — l'hostilité à la théorie de la personnalité morale de l'Etat et des diverses collectivités publiques — ne sont pas approuvées par la doctrine et la jurisprudence contemporaine (271).

(269) Aff. Colas, 21 mai 1920, note de Jèze qui prévoit, lui aussi, le développement systématique de la théorie du risque, R.D.P., 1920, p. 604.

(270) DUGUIT, Traité, tome III, p. 469.

(271) Ce qui n'empêche pas Duguit, constatant le peu de crédit accordé à la théorie du risque d'analyser finement tel ou tel aspect de la faute personnelle et

Ces points sont trop connus pour qu'il soit utile d'insister. Toute démonstration de ces évidences alourdirait inutilement ces développements (272).

Il suffit d'ouvrir les différents manuels, traités ou ouvrages spéciaux pour s'apercevoir que c'est bien la théorie de la faute administrative qui triomphe dans la doctrine comme dans la jurisprudence, la théorie du risque étant limitée à certains cas que Maurice Hauriou avait lui-même prévus. Ainsi que le dit M. de Laubadère, la responsabilité pour faute constitue actuellement le droit commun de la responsabilité administrative. « Quelques progrès qu'ait réalisés en droit administratif la théorie du risque, elle demeure encore limitée aux domaines et liée aux conditions que l'on précisera. En règle générale, le juge administratif ne condamne donc l'administration que si une faute est établie à sa charge » (273).

SOUS-SECTION VI

L'ACTE DE GOUVERNEMENT

On étudiera successivement le désaccord de Duguit (§ 1), le désaccord de Michoud (§ 2) et la place de la théorie dans la doctrine contemporaine (§ 3).

PARAGRAPHE 1

Le désaccord de Duguit.

Pour situer la controverse précise qui les a opposés (b), encore faut-il au préalable situer plus largement le débat (a).

a) *Le problème de la fonction gouvernementale.*

Duguit estime que les auteurs constatant l'existence du pouvoir exécutif ont été amenés à conclure trop rapidement qu'il y avait une fonction exécutive. Quel en était donc le domaine ? Le Doyen de Bordeaux estime qu'on n'a jamais pu le déterminer. L'analyse de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 conduit à

de la faute de service (voir par exemple sa théorie de la faute incluse). Mais ces analyses viennent toujours en deuxième ligne et comme en désespoir de cause. Les préférences de Duguit vont toujours à la théorie du risque.

(272) Par ailleurs, en matière de responsabilité, bien des théories particulières de Duguit ont été volontairement omises (par exemple la théorie de la faute incluse et bien d'autres...). En effet, elles ne concernent pas directement le grand clivage des deux auteurs : Hauriou et Duguit se séparent essentiellement sur le fondement de la responsabilité de l'Etat.

(273) Traité, 1963, p. 614 ; également, WALINE, Traité, p. 355 et suiv. ; VEDEL, Manuel, p. 222 ; RIVERO, Précis, p. 259 et suiv.

l'idée que ce texte indique seulement dans une formule générale de style une série d'attributions qui appartiennent au Président de la République. Or, si l'on passe en revue une à une ces diverses attributions, il est facile de montrer qu'elles rentrent toutes dans l'une des trois fonctions législative, administrative ou juridictionnelle et que, par conséquent, elles ne forment pas le contenu d'une quatrième fonction juridique distincte des autres.

C'est le cas de la disposition des forces armées, opération matérielle que Duguit fait rentrer dans le cadre de la fonction administrative; de même, tous les actes qui sont relatifs à l'impulsion que le gouvernement donne à toute la machine administrative ou judiciaire d'un pays que Duguit fait entrer dans le cadre des fonctions administratives et judiciaires. De même encore le règlement que certains auteurs font rentrer dans la fonction exécutive, aussi bien ceux qui ont pour but de compléter une loi, de régler les détails d'application d'une loi que ceux qui ont pour but d'organiser un service public. Or, Duguit entend sur ce point montrer que tous les règlements ont le caractère législatif matériel et qu'il en est ainsi des règlements organisant des services publics, parce qu'ils établissent eux aussi une règle générale dont l'application réagit toujours sur les particuliers. Dans cette perspective, les règlements, lois matérielles, font partie de la fonction législative. C'est ici l'occasion d'une controverse d'ailleurs assez secondaire avec Hauriou.

Duguit a longuement démontré que si, sur le plan formel, lois et règlements sont séparables, sur le plan matériel ils sont entièrement assimilables parce que « le règlement est une loi au sens matériel, parce qu'il est un acte-règle et cela dit tout... Le règlement et la loi matérielle interne sont identiques. J'ai beau chercher, je ne puis arriver à trouver entre eux une différence quelconque. Je serais très heureux qu'on put m'en montrer une » (274).

Sans doute Duguit estime-t-il que Maurice Hauriou a fait un remarquable effort pour distinguer, du point de vue matériel, le règlement et la loi. Mais il estime — avec raison semble-t-il — qu'il n'y est pas parvenu. En effet, après avoir défini la loi comme une règle générale écrite à la suite d'une opération à procédure faisant intervenir les représentants de la nation qui déclarent obligatoires des rapports sociaux découlant de la nature des choses, Hauriou donne la définition suivante du règlement : « Une manifestation de volonté sous forme de règle générale, émise par une autorité ayant le pouvoir réglementaire qui tend à l'organisation et à la police d'Etat dans un esprit à la fois constructif et autoritaire » (275).

Du point de vue matériel, les éléments du règlement, écrit-il, sont les suivants :

(274) DUGUIT, Traité, tome I, p. 86.

(275) Précis de droit administratif, 9^e édition, 1919, p. 79 et suiv. ; 10^e édition, 1921, p. 58 et suiv.

1. — *Le caractère de règle générale* (sur ce point, le règlement ressemble à la loi).

2. — *Le caractère de manifestation de volonté constructive* tendant à l'organisation et à la police de l'Etat (ici se marquerait, selon Hauriou, une première divergence avec la loi qui n'est pas une manifestation de volonté et qui n'est pas constructive).

3. — *Le caractère autoritaire* : La valeur obligatoire du règlement est tirée exclusivement d'un *jussus* gouvernemental et non pas d'une nature des choses qui serait obligatoire par elle-même ou du *consensus* de la nation. Ce serait une seconde différence avec la loi qui, d'une part, est conçue dans un esprit de liberté et qui, d'autre part, tire en partie son caractère obligatoire de la nature des choses et du *consensus* de la nation.

Or, Duguit a beau jeu de répondre à propos de ces deux prétendues différences :

— que la loi (comme le règlement) est bien une manifestation de volonté, la loi étant une manifestation de volonté de l'organe assemblée;

— que les lois, très souvent, édictent non seulement des normes juridiques mais encore des dispositions constructives pour en assurer la réalisation;

— que les règlements ne peuvent tirer leur force obligatoire d'un *jussus* gouvernemental (impliquant l'existence d'une puissance souveraine qui, aux yeux de Duguit, n'existe pas) mais de la norme juridique supérieure à laquelle ils se rattachent soit directement (telle ou telle loi), soit indirectement : article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875.

Nous pensons donc avec Duguit que Maurice Hauriou avait tort de distinguer, sur le plan matériel, loi et règlement (276).

Loi et règlement, au sens matériel, étant donc très semblables, Duguit en conclut que le règlement constitue un des cas de la fonction législative et qu'en conséquence la fonction dite exécutive n'a aucun domaine qui lui est propre.

Laferrière disait sans doute « administrer, c'est assurer l'application journalière des lois; gouverner, c'est pourvoir aux besoins de la société politique tout entière, veiller à l'observation de la Cons-

(276) Ce problème n'a jamais été évoqué dans cet ouvrage, ni dans la première partie relative au contenu, ni dans la deuxième partie relative à la démarche intellectuelle. En effet, le traitement de ce problème n'est en rien typique de la démarche intellectuelle du Doyen de Toulouse; de plus, ce point n'a jamais beaucoup inspiré Maurice Hauriou qui y consacre des développements très rapides. Le Doyen de Toulouse n'a même jamais cru bon de répondre aux reproches de Duguit. Donc, même du point de vue du contenu de la pensée, ce problème a pu logiquement être écarté. Par contre, il a fallu l'exposer ici brièvement car la conception d'Hauriou si elle s'était avérée juste aurait constitué un obstacle capital à la théorie de la fonction gouvernementale de Duguit.

titution, au fonctionnement des grands pouvoirs publics, à la sécurité intérieure et extérieure » (277).

Mais Duguit répond qu'il est incontestable que les hommes qui détiennent le gouvernement doivent faire tout cela; pour le faire, ils feront des actes qui n'auront, au point de vue du droit, que le caractère législatif, administratif ou juridictionnel.

Hauriou, on l'a vu, avait toujours pensé qu'il existait une fonction gouvernementale qui ne se définissait pas tant par un contenu matériel propre que par l'importance des affaires en cause. « La fonction gouvernementale consiste à solutionner les affaires exceptionnelles qui intéressent l'unité politique et à veiller aux grands intérêts nationaux » (278). Or, le Doyen de Toulouse a toujours adossé, quoiqu'il en ait dit, la théorie des actes de gouvernement à la théorie de la fonction gouvernementale. En effet, il a longtemps considéré que les actes de gouvernement correspondaient à la zone d'autonomie gouvernementale couverte par sa théorie de la fonction gouvernementale. Sont actes de gouvernement, tous les actes intéressant directement ou indirectement les affaires exceptionnelles, l'unité politique et les grands intérêts nationaux.

Sans doute a-t-il officiellement dissocié les deux théories de l'acte de gouvernement et de la fonction gouvernementale car la théorie de la fonction gouvernementale à laquelle il s'était arrêté « serait la plus dangereuse de toutes si nous la laissions dans son imprécision, car elle aboutirait à la fameuse théorie du mobile qui, en effet, fut appliquée pendant longtemps par la jurisprudence. Si l'acte de gouvernement est celui qui correspond aux affaires politiques ou, autrement dit, celui qui suppose Raison d'Etat, ne faut-il pas aller jusqu'à dire que tout acte du pouvoir exécutif, s'il prend en fait une importance politique à raison des circonstances du moment, est un acte de gouvernement ? Or, cette conséquence, beaucoup trop dangereuse, est aujourd'hui universellement condamnée » (279).

Hauriou semble donc séparer les deux théories. Les actes de gouvernement — théorie aujourd'hui encore admise — sont contenus dans une liste limitative découlant de la jurisprudence administrative.

b) *La théorie de la liste.*

Mais, à notre grande surprise, nous lisons trois pages plus loin : « Ainsi conçue avec son interprétation modérée, la théorie des actes de gouvernement répond à une idée juste, à savoir qu'il y a des nécessités politiques qui s'imposent pour la légitime défense de l'Etat et sur lesquelles il ne doit pas être contraint de s'expliquer » (280). Ainsi donc, le Doyen de Toulouse n'a pas renoncé au fond à lier les deux

(277) LAFERRIÈRE, « Traité de la juridiction administrative », II, p. 33. Dans le même sens, voir DARESTE, « Juridiction administrative », 2^e édition, p. 212 ; AUCOC, Conférences, I, p. 12.

(278) Précis de droit administratif, 11^e édition, p. 15.

(279) Précis de droit administratif, 11^e édition, p. 397.

(280) *Ibidem*, p. 400.

théories qu'il avait entendu séparer. Il était dès lors logique que Duguit qui niait l'existence de toute zone d'autonomie gouvernementale ait lutté avec fougue *contre cette analyse et la théorie des actes de gouvernement qu'elle impliquait* (281).

D'une part, comme on l'a vu ci-dessus, Duguit niait toute idée de fonction gouvernementale distincte de la fonction administrative.

D'autre part, Duguit entendait faire disparaître du droit public la théorie des actes de gouvernement.

Duguit critique d'abord le principe de la liste. La liste des actes de gouvernement comprenait, selon Hauriou, les actes relatifs aux rapports du gouvernement avec la Chambre, les décrets établissant l'état de siège, les décrets rendus en matière de police sanitaire, les actes relatifs aux relations diplomatiques, les actes relatifs à la sûreté extérieure et intérieure de l'Etat, les faits de guerre, les décrets de grâce.

Or, Duguit — toujours partisan des notions cohérentes — trouve que Hauriou met là sur la même ligne des actes de nature très différente et qu'en conséquence cette notion n'est pas logique.

Par ailleurs, Duguit n'accepte pas l'explication d'Hauriou selon laquelle la théorie des actes de gouvernement est une sorte de compromis entre le gouvernement et la juridiction du Conseil d'Etat. « On a mis, avait-il dit, certains actes hors de la légalité; moyennant ce sacrifice tous les autres actes pourront être soumis progressivement à la légalité ». *Cette hypothèse est insupportable à Duguit qui répond* : « Il n'y a pas d'actes qui soient hors de la légalité. Il ne peut y en avoir dans un Etat civilisé, dans un Etat de droit. Les actes politiques eux-mêmes sont dominés par le principe de légalité; mais pour eux la sanction en est mise en œuvre par le Parlement au lieu de l'être, comme pour les actes des autorités administratives, par les tribunaux » (282). Le résultat le plus clair de cette analyse est que Duguit est amené à ignorer les actes de gouvernement. Il écrivait, dans la première édition de son *Traité* (283) : « On peut considérer comme définitivement condamnée la théorie d'après laquelle étaient soustraits à tout recours les actes inspirés par un but de défense gouvernementale ... survivance des régimes d'arbitraire. Comme conséquence, on ne peut qu'écarter définitivement de la terminologie du droit public l'expression actes de gouvernement qui ne peut que soulever des discussions désormais sans objet ».

Cependant, le Conseil d'Etat, par un arrêt Graty du 4 janvier 1918, a décidé qu'aucun recours contentieux n'était recevable contre l'arrêté ministériel qui a ordonné l'internement d'un sujet belge dans un

(281) Cette liaison est considérée aujourd'hui comme inexacte par la majorité de la doctrine. Mais un auteur, M. Chapus, a défendu encore cette thèse dans un article récent au *Dalloz*, 1958, *Chron. II*, p. 5, « L'acte de gouvernement, monstre ou victime ». Il lie les deux théories. C'était la vieille idée d'Hauriou !

(282) DUGUIT, *Traité*, tome I, p. 691.

(283) 1911, tome I, p. 213.

dépôt spécial pendant la durée des hostilités; Duguit, désorienté, n'a pu que condamner cette jurisprudence qui ouvrait, selon lui, une brèche très dangereuse dans le principe de la légalité matérielle.

Sur ce point comme en bien d'autres, en droit administratif au moins, la supériorité d'Hauriou nous paraît évidente.

— Sur un point, Hauriou n'est pas suivi par la majorité de la doctrine contemporaine : Lorsqu'il entend lier fonction gouvernementale et actes de gouvernement, il lui est répondu que cette liaison est fort dangereuse et, au surplus, indémontrée. Il en avait d'ailleurs lui-même reconnu l'imprécision et le danger en entendant dissocier les deux théories. Mais il les avait malgré tout liées.

— Mais Hauriou semble avoir raison sur deux points fondamentaux :

— D'une part, sa théorie de la liste est celle de la doctrine contemporaine dans sa grande majorité. La théorie des actes de gouvernement, survivance d'une période du droit administratif français, n'est plus présentée par les auteurs que sous la forme d'une liste dont la doctrine souhaite l'amenuisement (284).

— D'autre part, si l'explication avancée par Hauriou (explication du compromis entre l'exécutif et le Conseil d'Etat) n'est pas absolument démontrée, au moins semble-t-elle vraisemblable et se trouve-t-elle en accord avec la prudence bien connue du Palais-Royal dont les manifestations contemporaines n'ont pas encore disparu. Tant s'en faut (285). Cette explication vraisemblable est en tout état de cause très supérieure à l'absence totale d'explication, caractéristique de la pensée de Duguit et caractéristique de sa méthode. Lorsque tel ou tel aspect de la vie sociale et juridique l'irritait, il se bornait volontairement et esquivait le problème. En l'espèce, il a simplement nié les actes de gouvernement qui continuent d'exister trente-cinq ans après sa mort et dont rien n'indique qu'ils disparaîtront un jour. En l'espèce, le réaliste qu'il voulait être ne fut pas réaliste.

Une fois de plus, Hauriou, décrit comme « obscur », « nuageux », aux analyses imprégnées de mysticisme, brumeux, par ses détracteurs, avait été le vrai réaliste.

(284) GROS, « Survivance de la raison d'Etat », Paris, thèse, 1932 ; P. DUEZ, « Les actes de gouvernements », 1935 ; LAUX, « Rapport sur les actes de gouvernement », *Annales de l'Institut de droit public*, 1931-87 ; VIRALLY, « L'introuvable acte de gouvernement », *R.D.P.*, 1952.317. Voir aussi VEDEL, « Manuel », 1961, p. 207 ; RIVERO, *Précis*, 1960, p. 143 ; WALINE, *Traité*, 1963, n. 357 et suiv. ; de LAUBADÈRE, *Traité*, 1963, p. 412 et suiv. ; AUBY et DRAGO, « *Traité du contentieux administratif* », n° 61 et suiv. Voir nos développements plus nuancés, p. 722 et suiv.

(285) Ainsi d'un arrêt récent du Conseil d'Etat soulevant d'office le moyen tiré de ce qu'il est impossible de reconnaître aux tribunaux administratifs, un pouvoir d'injonction à l'égard de l'administration active. C.E., 17 avril 1963, D. 1963, p. 689 ; note Di Quale. En sens inverse, on peut évidemment citer le trop fameux arrêt Canal qui se vit attirer les foudres d'une déclaration gouvernementale. Mais il est vrai qu'au sein même du Conseil d'Etat cet arrêt fut très fortement contesté.

Cette même constatation semble valoir également pour le second cas de « maladie » du principe de légalité : La théorie de l'exécution forcée (liée à celle de la voie de fait).

PARAGRAPHE 2

Le désaccord de Michoud.

Cette théorie ne fut pas seulement l'objet d'une querelle avec Duguit, mais encore d'une discussion rigoureuse avec Michoud et Brémont.

En effet, l'hostilité de Duguit à la théorie des actes de gouvernement s'expliquait par sa conception générale du droit public adossée à sa théorie de la Règle de droit objective. Ainsi ce type d'hostilité à l'acte de gouvernement méritait-il d'être exposé dans le cadre de la sous-section I de cette section relative à « l'hostilité générale ».

Mais la théorie des actes de gouvernement, liste jurisprudentielle d'actes soustraits au contrôle contentieux s'est encore heurtée à la double — et au fond identique — hostilité de Michoud et Brémont souvent proches du Doyen Hauriou mais, sur ce point précis, en désaccord avec lui.

La théorie des actes de gouvernement a en effet été vivement et habilement attaquée comme inutile par M. Michoud (286) et M. Brémont (287).

La tactique de ces auteurs a consisté à prétendre que, pour tous les actes qui figurent dans la liste des actes de gouvernement, il n'était nullement besoin d'invoquer cette qualité spéciale pour les faire échapper aux recours contentieux; déjà, pour des motifs variés, chacun d'eux y échapperait, de sorte que la catégorie des actes de gouvernement aurait le pire des défauts, celui d'être inutile (288). En somme, les actes de gouvernement ne seraient que des actes d'administration très objectifs, plus objectifs encore que les actes discrétionnaires, mais de même nature. Prenons pour exemple, les décrets de convocation ou d'ajournement des Chambres; est-il utile de déclarer que ce sont des actes de gouvernement pour que les recours contentieux soient irrecevables? Nullement, disent ces auteurs. D'abord, devant quelle juridiction porterait-on ces recours? Il n'en est aucune qui soit organisée pour ce débat constitutionnel entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif. Ensuite, qui serait qualifié pour intenter les recours? Seraient-ce les Chambres? Mais ce ne sont pas des per-

(286) Des actes de gouvernement, br., Grenoble, 1889.

(287) Des actes de gouvernement, Revue de droit public, 1896, tome I, p. 23.

(288) Cette théorie est celle d'une partie de la doctrine contemporaine (MM. VEDEL, VIRALLY, GROS, ODENT, etc.). Que d'idées contemporaines sont contenues dans les vieilles œuvres !...

sonnes morales, elles ne peuvent pas ester en justice. Donc, par la seule force des choses, et en vertu des seuls principes juridiques existants, les décrets de convocation et d'ajournement des Chambres échappent au recours et il est inutile d'aller en chercher la raison dans une prétendue qualité d'acte de gouvernement.

Quelle fut la réponse de Maurice Hauriou ?

1. — *L'argumentation précédente n'est pas toujours de mise*; quand, par exemple, il s'agit de mesures d'exécution relatives à des traités diplomatiques, il y a des intéressés qui ont qualité pour former des recours, qui même ont des droits à faire valoir, il y a une juridiction compétente qui est le Conseil d'Etat; ces recours seraient parfaitement recevables, s'il n'y avait pas la fin de non recevoir spéciale tirée de leur qualité d'actes de gouvernement. On peut protester contre le résultat, on ne peut nier que la théorie des actes de gouvernement ne fonctionne (289).

2. — *Même dans les hypothèses où, actuellement, les recours sont écartés par les seuls principes juridiques existants*, ce serait s'opposer au développement de ces principes que de ne pas mettre franchement hors du droit les actes de gouvernement. Ainsi à propos des décrets de convocation et d'ajournement des Chambres, « on prétend d'abord qu'il n'y aurait point de tribunal compétent et pourquoi ? Ce sont des décrets, en principe, le recours pour excès de pouvoir est recevable contre tous les décrets, il serait pour le moins dangereux de restreindre ici la compétence du Conseil d'Etat sous prétexte qu'il n'est pas une juridiction constitutionnelle, parce que ce prétexte pourrait être invoqué à propos d'autres actes (d'ailleurs, les conflits sont matière constitutionnelle et pendant longtemps le Conseil d'Etat les a jugés) ». Mais reste un argument : Michoud prétendait que personne n'aurait qualité pour intenter le recours, que les Chambres n'ont point la capacité d'ester en justice. Or, Hauriou remarque que le Conseil d'Etat reconnaît bien à d'autres corps élus capacité d'ester en justice lorsqu'il s'agit de défendre leurs prérogatives, par exemple aux conseils généraux (290). « Ainsi, pour justifier l'irrecevabilité du recours contre certains décrets très particuliers, on arrêterait le développement de ce principe général, à savoir que les assemblées élues peuvent ester en justice (291). On pourrait multiplier les exemples, on constaterait que l'évolution de nombre de principes juridiques intéressants se trouverait ainsi arrêtée si l'on supprimait la catégorie des actes de gouvernement.

(289) C.E., 28 février 1896, ROSAT, décision du ministre retirant à un médecin étranger l'autorisation d'exercer la médecine en France : celui-ci forme recours et invoque les droits qu'il tiendrait d'une convention diplomatique : « considérant qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat de connaître d'un débat fondé sur les droits qui résulteraient d'une convention diplomatique, etc. ».

(290) C.E., 8 août 1872, Laget.

(291) C.E., 3 février 1899, Joly, S. 99.3.121, la note.

Sans doute, il est fâcheux qu'il y ait des actes hors du droit, mais ce n'est pas la seule occasion où l'on constate que le droit est pratiquement limité par les faits; lorsque cela est pour éviter un plus grand mal, il faut bien l'accepter » (292).

C'est donc toujours le réalisme qui l'emporte chez Hauriou; mais au fond, la théorie des actes de gouvernement ne le satisfait pas et il estime que la liste des actes de gouvernement n'est heureusement pas fixe et ira en se réduisant (293). C'était une remarque riche d'avenir : de très nombreux actes soustraits jadis au contrôle contentieux ne le sont plus aujourd'hui (294).

PARAGRAPHE 3

L'acte de gouvernement dans la doctrine contemporaine.

La théorie de la liste, sans qu'il soit besoin d'insister par des rappels trop connus, constitue la position quasi-unanime de la doctrine contemporaine, incapable d'expliquer de façon cohérente lesdits actes.

Ainsi, lorsque M. Chapus, dans sa chronique au Dalloz 1958 (295), a soutenu l'incompétence de la juridiction administrative pour connaître de certains actes et de leurs conséquences s'expliqueraient très normalement par l'existence d'une fonction gouvernementale distincte de la fonction administrative, de telle sorte que les actes faits dans l'exercice de cette fonction ne seraient pas des actes administratifs, il se fit tancer par son ancien maître, M. Waline, qui lui opposa qu'en admettant même l'existence d'une fonction gouvernementale — dont la définition est très douteuse — « l'exercice de celle-ci ne saurait logiquement consister que dans l'édiction des actes qui, aux termes de l'article 49 de la Constitution, engagent la responsabilité collective des ministres, c'est-à-dire de ceux qui constituent la politique générale du gouvernement. Or, il ne semble pas que les actes dont la juridiction administrative refuse de connaître coïncident aucunement avec ceux-ci » (296).

Ainsi la théorie dominante en la matière est celle dite « de la liste » dont le premier inventeur fut Maurice Hauriou.

(292) Précis, 1911, p. 82.

(293) C'est une opinion qu'il partageait avec son ami G. Teissier in « La responsabilité de la puissance publique », nos 108 et suiv.

(294) Sur ce point, voir par exemple l'exemple complet qu'en donne M. WALINE, Traité, 1963, n° 357 et suiv.

(295) Dalloz, 1958.II, p. 5.

(296) WALINE, Traité, 1963, p. 225. Ce reproche — qui nous semble fondé — peut s'adresser également à la proposition récente émise par M. Puisoye. « Pour une conception plus restrictive de la notion d'acte de gouvernement », A.J.D.A., 20 avril 1965, p. 211 : Les actes de gouvernement seraient les actes poursuivis uniquement vers l'ordre constitutionnel.

Cette affirmation peut paraître brutale et ne pas tenir compte d'une évolution doctrinale qui a gagné du terrain ces dernières années.

Si l'on prend pour exemple le Manuel du Doyen Vedel, la seule présentation de la question est révélatrice (297).

Dans un (A), cet auteur rappelle la forme primitive de la théorie : l'acte de haute politique; dans un (B), il expose la forme classique de la théorie de la liste des actes de gouvernement; enfin, il intitule un (C) « L'abandon de la théorie des actes de gouvernement ».

Quelle est son argumentation et celle de MM. Gros (298), Virally (299), Odent (300) et Donnedieu de Vabres (301).

1) Tous ces auteurs estiment que la plupart des actes de gouvernement ne donnent prise à aucun contentieux pour la raison qu'ils touchent aux rapports des pouvoirs publics. Ainsi en est-il des actes intéressant les rapports du gouvernement et du Parlement : projets de lois, décrets de clôture ou de dissolution, décrets électoraux, actes relatifs à la conclusion, à l'interprétation ou à l'application des traités lorsque cette application pose des questions de droit international.

2) Le refus de tout recours à l'encontre des actes ou des faits de guerre lorsque ceux-ci ont préjudicié à des nationaux français, s'il ne s'explique pas par la nature internationale des rapports en cause, s'explique de la façon suivante : le législateur est intervenu pour assurer la réparation des dommages matériels et personnels résultant de la guerre; dans tous les cas où l'une de ces législations spéciales n'est pas applicable, c'est que le législateur a entendu refuser tout droit à réparation.

3) Le Conseil d'Etat a, dans sa jurisprudence récente, admis des recours contentieux et donc écarté la théorie des actes de gouvernement en ce qui concerne des actes pour lesquels l'absence de recours contentieux demeurerait inexplicable selon les règles normales du contentieux (par exemple, la proclamation de l'état de siège lorsqu'elle est le fait d'une autorité administrative (302)).

4) Enfin, les mesures d'ordre intérieur, traditionnellement classées dans la catégorie des actes de gouvernement, ne sont écartées de la barre du juge administratif qu'en vertu de l'adage « De minimis non curat praetor ».

Que convient-il de répondre à cette argumentation ?

— D'une part, le Doyen Vedel reconnaît qu'il demeure une âme de vérité dans la théorie des actes de gouvernement : le juge adminis-

(297) Manuel, 1961, p. 207.

(298) « Survivance de la raison d'Etat », Thèse, Paris, 1932.

(299) « L'introuvable acte de gouvernement », R.D.P., 1952.317.

(300) Contentieux administratif, I, p. 157.

(301) E.D.C.E., n° 3, p. 44.

(302) C.E., 23 octobre 1953, Huckel, Rec. p. 452.

tratif doit éviter tout incident de frontière avec le Parlement et avec les autorités chargées de la politique internationale.

— D'autre part, il est facile de faire remarquer que les thèses niant l'existence des actes de gouvernement n'expliquent pas tous les cas d'irrecevabilité (303). Par exemple, le refus de recours en matière de faits de guerre ne peut s'expliquer par leur caractère international car, dans la plupart des cas, ainsi que le montrent MM. Auby et Drago, il s'agit de faits purement internes.

Cette théorie a été longtemps dominante et le demeure encore : Or, son premier inventeur fut Maurice Hauriou.

Sous-SECTION VII

LA THEORIE DE LA VOIE DE FAIT ET DE L'EXECUTION FORCEEE

Duguit n'a pas consacré de longs développements à ces deux théories. Il a procédé — ici encore — par simple affirmation ou plutôt par simple négation.

Hauriou avait depuis longtemps distingué la voie de fait par manque de droit, de la voie de fait par manque de procédure et il avait écrit : « La voie de fait n'est pas un fait de service puisqu'elle est totalement en dehors des pouvoirs de l'administration ou de ses procédures et, par conséquent, en dehors de l'exécution de services. La voie de fait c'est une incompétence qui va jusqu'à l'usurpation de pouvoir » (304).

Sur ce point — très secondaire dans l'œuvre d'Hauriou — Duguit n'émet aucune critique. Au contraire, il défend la thèse de la distinction entre l'excès de pouvoir qui reste un acte administratif et l'abus de pouvoir ou usurpation de pouvoir qui enlève à l'acte sa qualité administrative.

Mais Duguit qui approuve la théorie de la voie de fait en tant qu'elle limite les pouvoirs de l'administration désapprouve sans raisons très convaincantes, il faut l'avouer, la théorie de l'exécution forcée des actes administratifs qui vient elle-même sanctifier certains actes que l'on pourrait « a priori » qualifier de voie de fait. C'est ainsi qu'à propos de l'affaire précitée Société immobilière de Saint-Just, Duguit avait approuvé la Cour de Lyon qui s'était déclarée compétente (et avait même statué sur le fond) aux motifs que l'apposition des scellés étant un acte d'exécution sur les biens, l'agent administratif ne peut procéder à cet acte que dans les cas où la loi lui donne expressément pouvoir à cet effet. Or, la loi de 1901 ne donnait

(303) En ce sens, de LAUBADÈRE, *Traité*, 1963, n° 425, p. 231 ; AUBY et DRAGO, « Contentieux administratif », n° 62.

(304) Par exemple, *Précis de droit administratif*, 10^e édition, 1921, p. 35, n. 3.

point ce pouvoir au préfet, il y avait donc usurpation de pouvoir, voie de fait et, par suite, compétence judiciaire. Le Tribunal des Conflits aurait donc dû annuler l'arrêté de conflit. « Au lieu de cela, l'arrêté de conflit est maintenu et par des considérants qui n'en sont pas » (305).

Cette solution est très déplaisante aux yeux de Duguit et rappelant les quatre fameuses conditions limitatives dans lesquelles le commissaire du gouvernement Romieu avait entendu contourner cette pratique dangereuse pour les libertés, il conclut : « On ne voit guère sur quoi se fondait le savant commissaire du gouvernement pour formuler ces quatre propositions; et en tout cas elles ne viennent limiter que bien imparfaitement l'arbitraire d'une exécution par voie administrative en dehors d'un texte de loi qui l'autorise expressément » (*ibidem*).

Or, Duguit, dans sa fougue à défendre les droits de l'individu, omet de reconnaître (alors que le Doyen de Toulouse avait aperçu le problème) que :

1. — L'appréciation du bien-fondé des scellés n'est peut-être plus faite, dans le cas d'exécution forcée licite, par le juge judiciaire; mais le juge administratif peut toujours prononcer la mainlevée des scellés sur demande du requérant à qui le ministre aurait opposé une décision exécutoire explicite (négative) ou un silence de quatre mois.

2. — Il est toujours possible au requérant de demander une indemnité pour le préjudice causé.

Une fois de plus, le réalisme est du côté d'Hauriou qui reconnaît les faits tels qu'ils sont. « Nous ne cherchons pas, comme on le voit, à ergoter sur les droits de l'administration; nous les reconnaissons franchement tels qu'ils sont. Nous ne voyons pas l'avantage qu'ont eu les Conseils des congrégations et ceux des propriétaires de locaux à défendre des positions indéfendables. Au lieu d'essayer de s'abriter derrière l'incompétence de la juridiction civile, ils eussent été plus habiles en amenant la juridiction administrative à se prononcer soit sur les conditions de la levée des scellés, soit sur la question de l'indemnité pour préjudice » (306).

Mais Hauriou, préoccupé comme Duguit de limiter l'arbitraire, propose — au lieu de se voiler la face comme le fait son collègue de Bordeaux — un moyen réaliste d'éviter, à l'avenir, l'exécution forcée des décisions administratives : Il pense que, dans toutes les lois à intervenir, il faudra prendre toutes les mesures nécessaires pour que l'exécution soit judiciaire, c'est-à-dire créer des délits et des peines.

(305) DUGUIT, tome I, p. 711.

(306) Hauriou estime avec raison que les deux ordres de juridiction présentent finalement les mêmes garanties d'impartialité. Cette idée exprimée en 1902 était très en avance sur son temps car on croyait fermement à l'époque que les tribunaux judiciaires étaient les meilleurs garants des libertés individuelles et de la propriété. On le dit encore aujourd'hui — officiellement du moins — mais les spécialistes ne croient plus beaucoup à cette affirmation. Une fois de plus, Hauriou était un devancier !

Une autre moyen consisterait encore selon Hauriou à faire voter un texte plus large que l'article 471 n. 15 du Code pénal sanctionnant par amende de simple police absolument toutes les décisions réglementaires de l'administration et qui ne puisse pas être rétréci par la jurisprudence de la Cour de cassation comme l'a été l'article 471, 15°. Le juge de simple police serait alors chargé d'assurer l'exécution comme conséquence de la contravention (307).

Hauriou propose des remèdes concrets.

Duguit se contente de nier.

Le réalisme et donc l'efficacité dans la lutte contre l'arbitraire administratif sont du côté d'Hauriou.

SOUS-SECTION VIII

LA THEORIE DE LA CAUSE

Quelle était la théorie de la cause d'après le Doyen Hauriou ? (308).

Comme le fait avec raison M. Vedel lui-même dans l'exposé de la pensée d'Hauriou, il convient de replacer la théorie de la cause dans son cadre : l'excès de pouvoir.

Une des idées dominantes était que la notion de l'excès de pouvoir débordait celle de l'illégalité. Dans sa note sous l'arrêt Gomel (309), il critiquait l'évolution tendant à faire de l'excès de pouvoir et de l'illégalité, il en venait à indiquer qu'il y a « dans la notion de l'excès de pouvoir un principe propre qu'il ne faut pas abandonner parce qu'il est doué d'une plus grande élasticité que le principe de la légalité ». En opposition avec la légalité, l'excès de pouvoir est « une police de la magistrature et de l'administration ». Ainsi que le dit M. Vedel en commentant la pensée d'Hauriou « C'est la notion de l'excès de pouvoir qui permet au Conseil d'Etat de n'être pas une juridiction comme les autres et de jouer dans une certaine mesure le rôle d'un supérieur hiérarchique » (310).

Dans le cadre de cette théorie, comment se présentent la jurisprudence de l'erreur de fait et celle de la cause ?

Hauriou pense qu'il y a « irréductibilité de l'erreur de fait à l'erreur de droit ». Il pense que si la cassation échoue contre les jugements rédi-

(307) Sur tous ces points, note précitée sous arrêt Société immobilière de Saint-Just.

(308) Nous exposons seulement ici avec maints détails la théorie de la cause alors qu'elle aurait dû trouver sa place dans la deuxième partie. Mais nous avons jugé plus utile de ne pas séparer cette théorie de l'utilisation qui en a été faite par M. Vedel. Il en sera de même de la théorie des mesures d'ordre intérieur.

(309) C.E., 4 avril 1914, S. 1917.III.25 ; notes d'arrêts II, p. 372.

(310) VEDEL, Thèse, p. 179. Sur ces points, cette thèse, première partie, chapitre II, section II, paragraphes 2 et 3.

gés en fait dans lesquels on ne découvre aucune question de droit, c'est parce que le juge ou l'administration ont faussement interprété des faits « mais ce n'est pas la même chose que d'avoir faussement interprété la loi parce que cela ne vicie pas le système juridique ». *Cela signifie que si la cassation échoue contre l'erreur de fait, c'est que celle-ci, par définition, n'étant pas une norme, ne peut se généraliser et échappe donc à la censure fondée sur l'illégalité.*

Le Doyen Hauriou estime donc que l'erreur de fait, loin de se rattacher à l'ouverture de la violation de la loi, constitue une ouverture autonome — la cinquième — du recours pour excès de pouvoir.

L'excès de pouvoir ne consiste pas seulement dans la violation de règles écrites, mais aussi dans la violation de règles non écrites s'imposant à tous. Hauriou rapproche ici logiquement l'erreur de fait du détournement de pouvoir. « Il y a excès de pouvoir de la part de l'administration à apprécier des faits sous l'empire de la passion politique, ce qui est un cas de détournement de pouvoir. Il y a aussi excès de pouvoir de sa part à apprécier faussement les faits par suite d'une erreur de fait car l'usage du pouvoir administratif comporte un minimum de conscience et de diligence professionnelle ».

Dans sa note sous l'arrêt Lefranc (311), le Doyen Hauriou modifie totalement sa position : La notion de cause lui paraît désormais expliquer comment le recours pour excès de pouvoir peut réprimer l'erreur de fait : « Il y a violation de la loi non plus directement à raison de l'inexactitude matérielle du fait, mais indirectement parce que ce fait était la cause juridique de l'acte, que cette cause juridique est inexistante et que la loi exige pour la validité de tous les actes une cause juridique existante ». Il précise encore ce point de vue dans sa note sous l'arrêt Mariani (312) : « Par cette transfiguration, l'erreur de fait a été transformée en question de droit ».

Il ne reste donc rien de sa première théorie de l'erreur de fait cinquième ouverture. Mais il ne suffit pas à Hauriou de substituer une théorie à une autre. Il veut encore creuser la théorie nouvelle. Qu'est-ce donc que la cause juridique ?

« La cause juridique d'un acte administratif est le fait déterminant qui classe cet acte dans une catégorie légale. Ainsi le congé sur demande des fonctionnaires constitue une catégorie légale des congés qui n'est pas la même que celle du congé de maladie... Dans la catégorie du congé sur demande, la demande est le fait déterminant, elle détermine à la fois la catégorie et la cause du congé... ».

Il paraît très important aux yeux d'Hauriou que la cause juridique en droit public perde le caractère subjectif qu'elle avait en droit privé : La cause est un fait et non un motif subjectif. Ainsi que le remarque M. Vedel « La conséquence de cette idée, c'est que le vice de la cause peut ressortir aux éléments objectifs de l'acte et par

(311) C.E., 22 janvier 1926, LEFRANC, S. 1926.III.25 et notes d'arrêts II, p. 380.

(312) C.E., 27 mars 1925, MARIANI, S. 1927.III, p. 57 et notes d'arrêts II, p. 388.

suite à la violation de la loi, tandis que le vice des motifs subjectifs aboutit au détournement de pouvoir » (313). Et en droit public, cette « objectivation » de la cause n'a été possible que parce que celui-ci ignore le principe d'autonomie de la volonté qui a tout submergé en droit privé.

Quelle utilisation M. Vedel fait-il de cette théorie ?

M. Vedel, en s'inspirant de l'intuition d'Hauriou, propose en fait une définition originale : « La cause d'un acte administratif est la situation objective de fait ou de droit qui est à la base de cet acte. Lorsqu'elle est prévue et définie par la loi, la coutume ou la jurisprudence, elle a pour effet de déterminer soit l'acte dans sa totalité, soit la catégorie juridique de cet acte » (314).

Décomposons les éléments de cette définition en nous aidant d'ailleurs des développements de M. Vedel :

1) *La cause est la situation objective de fait ou de droit :*

— *La cause est une situation objective :* c'est dans la réalité et non dans la pensée de l'agent que la cause réside. Sur ce point, M. Vedel n'innove pas. L'idée vient en droite ligne de Maurice Hauriou.

— *La cause a un caractère complexe :* une quantité d'éléments peuvent entrer dans la notion de cause. Par exemple, en matière de suppression d'emploi, il y a un élément de droit qui est la décision de suppression d'emploi dont la validité doit être analysée du point de vue de la compétence de la légalité et de la moralité. « Mais à cet élément de droit se surajoute un élément de fait. L'emploi a une certaine existence objective et corrélativement résiste en certains cas à l'allégation d'une suppression » (315).

Le Doyen Hauriou s'était contenté d'affirmer « La cause est le fait déterminant ». La proposition de M. Vedel innove en ce qu'elle élargit la cause à un complexe de fait et de droit.

2) *La cause est la situation qui est à la base de l'acte.*

C'est à la suite de Bonnard que M. Vedel inclut cet élément qui pousse le chercheur à déterminer parmi les antécédents d'un acte, lequel ou lesquels constituent la cause.

Sur ce point, Maurice Hauriou était resté muet.

3) *Lorsqu'elle est prévue et définie par la loi, la coutume ou la jurisprudence, la cause a pour effet de déterminer soit l'acte dans sa totalité, soit la catégorie de cet acte.*

— *Lorsqu'elle est prévue et définie par la loi, la coutume ou la jurisprudence ;* M. Vedel reconnaît que la loi est en principe la source de la cause (et par loi il entend le bloc légal des lois et règlements). Hauriou ne semble avoir songé qu'à la loi puisque, dans sa note

(313) VEDEL, Thèse, p. 188.

(314) VEDEL, Thèse, p. 361.

(315) VEDEL, Thèse, p. 363.

sous Lefranc, il affirme « ...parce que cette cause juridique est inexistante et que la loi exige pour la validité de ces actes une cause juridique existante ».

Le Doyen Vedel élargit la formule d'Hauriou. La coutume et la jurisprudence lui paraissent jouer un rôle très actif en la matière. Hauriou n'y avait pas précisément songé mais il nous paraît clair ici qu'il aurait approuvé sans réserve cette analyse : Maurice Hauriou, on le sait, a sans cesse insisté sur les pouvoirs prétoriens de la jurisprudence (qu'il jugeait encore trop timide) et sur le rôle fondamental de la coutume dans l'élaboration du droit des civilisations sédentaires. Il n'en reste pas moins que M. Vedel a été le premier à élargir les sources possibles de la cause juridique.

— *Lorsqu'elle est prévue ... la cause a pour effet de déterminer soit l'acte dans sa totalité, soit la catégorie juridique de cet acte.*

M. Vedel veut dire par là que la relation de la cause à l'acte, lorsqu'elle est définie par la règle de droit, peut être plus ou moins étroite. Il est des cas où certains faits ou certaines situations étant donnés, l'acte doit suivre automatiquement. Mais le plus fréquemment, cette détermination de l'acte par sa cause n'est pas totale. C'est par la catégorie que la cause détermine l'acte. La cause impose que l'acte appartienne à une certaine catégorie mais ne détermine pas le contenu de l'acte. Ainsi il peut subsister au profit de l'administration la liberté d'agir ou de s'abstenir et dans ce cas l'administration peut ou non faire usage de la catégorie.

Il faut reconnaître que ce dernier développement ne paraissait pas indispensable. Hauriou fut muet sur ce point mais il s'agit de constatations d'évidence qui ne s'imposaient pas et que M. Vedel a probablement inclus dans la définition, en raison des exigences spécifiques du genre de la thèse qui commandait de fournir un travail très « complet ». Par contre, il faut constater que M. Vedel a des scrupules d'excessive modestie lorsqu'il affirme « Par certains éléments, notre définition semble pourtant s'écarter des formules d'Hauriou. Disons tout de suite que les différences ainsi relevées sont bien plus des précisions que des rectifications aux idées du savant Doyen, car ces précisions sont tout à fait, croyons-nous, dans la ligne de son système » (316).

Cette modestie est excessive, car il n'est pas vrai que son analyse soit tout à fait dans la ligne du système d'Hauriou en ceci qu'Hauriou n'avait pas de système sur ce point, Hauriou avait seulement eu une intuition très pénétrante et très féconde mais la systématisation était absente. C'est M. Vedel qui a érigé en système complet et très cohérent une idée d'Hauriou de même que M. Rivero, à propos de la mesure d'ordre intérieur, a érigé en théorie générale quelques brèves lignes du Doyen de Toulouse. L'analyse des différents éléments de la défini-

(316) Thèse, p. 369.

tion de la cause de M. Vedel prouve aisément que son originalité a été certaine dans la majorité des cas.

Au fond, au lieu d'affirmer qu'il est resté fidèle au système d'Hauriou, M. Vedel aurait mieux fait de préciser sa grande *fidélité à l'inspiration et à l'intuition d'Hauriou*.

SOUS-SECTION IX

LES MESURES D'ORDRE INTERIEUR

« On est amené à penser que l'attitude de la jurisprudence en la matière doit être considérée comme reflétant une réalité de la vie des services publics et ne s'expliquera que par une définition préalable de la mesure d'ordre intérieur. C'est dans cette voie que s'est engagé le Doyen Hauriou dans sa note sous un arrêt Le Moign du 22 mars 1912 » (317).

La note d'Hauriou faisait notamment remarquer que :

— les règlements faits par les conseils généraux pour la procédure de leur délibération, de par leur caractère intérieur, s'opposent aux règlements territoriaux;

— la violation du règlement intérieur ne constitue pas une illégalité pouvant servir de base au recours.

L'opposition proposée entre règlements territoriaux et règlements intérieurs a le mérite de suggérer à M. Rivero l'idée d'une légalité intérieure particulière à chaque institution administrative. Et cette vue de l'esprit est d'autant plus saisissante qu'en 1913 aucun des arrêts par lesquels ont été précisés l'existence et le sens de la notion d'ordre intérieur n'était encore intervenu (318).

Dans la note sous l'arrêt Cochet d'Hottencourt (319), Hauriou reprend cette idée « Voici qu'il va falloir ouvrir un chapitre sur la vie intérieure des administrations publiques et sur les mesures de service ou mesures d'administration intérieure ». Il inscrit dans ce chapitre les instructions de service, « les pratiques invariables suivies dans le service, les mesures de service non assujetties à des conditions de forme, nécessaires pour l'administration du service comme le passage d'un service à un autre, enfin les règlements d'Assemblée. Ainsi que le dit M. Rivero, si on rapproche cette liste des solutions auxquelles conduit l'examen de la jurisprudence, on constate qu'il n'y a guère de retouches à y apporter. Ces développements mériteraient donc d'être également insérés dans les développements relatifs aux visions d'Hauriou (320).

(317) RIVERO, Thèse précitée, p. 61.

(318) Thèse précitée, p. 63.

(319) C.E., 22 février 1918, notes d'arrêts II, p. 945, 1921.III, p. 9.

(320) Sur ce point, Deuxième Partie, chapitre II, section II.

L'idée, l'intuition initiale de la vie intérieure des services publics a donc constitué l'incontestable point de départ des analyses de M. Rivero.

Mais celui-ci n'a pas été satisfait de la façon dont Hauriou a traité de l'intérêt contentieux, de la distinction formulée entre la vie courante et la vie intérieure du service. Aux yeux d'Hauriou, la caractéristique essentielle des diverses manifestations de la vie intérieure, ce serait le double visage qu'elles présentent, selon qu'on les considère depuis l'intérieur de l'institution administrative ou hors d'elle. Pour les tiers, étrangers au service, et c'est ainsi qu'apparaît par rapport à l'institution militaire Cochet d'Hottecourt, elles ne font pas partie de la légalité : c'est là un effet non de leur matière, mais de leur forme; que la décision prise par une instruction ministérielle revête la forme réglementaire, le recours pour excès de pouvoir sanctionnera sa violation; au contraire, les actes intérieurs qui ne font l'objet d'aucune publicité, demeurent inconnus des tiers, ne peuvent leur être opposables et ne peuvent leur créer des droits. *Par contre, pour les fonctionnaires, situés à l'intérieur de l'institution administrative, l'ensemble des manifestations de sa vie intérieure fait partie de la légalité.*

Mais M. Rivero fait remarquer que l'opposition entre vie intérieure et vie extérieure des services publics, si riche en perspectives nouvelles a quelque peine à définir deux catégories distinctes de manifestations de la vie administrative. « Toute l'activité du service est dominée par une fin unique, à la réalisation de cette fin concourent également les manifestations de la vie intérieure et celles de la vie extérieure. *Comment déterminer avec précision les unes et les autres, la ligne de frontière ?* » (321).

D'ailleurs, d'autres critiques peuvent être adressées. C'est ainsi qu'Hauriou affirmait « Nous ne croyons pas qu'il y ait lieu de s'arrêter à la circonstance que l'instruction ministérielle a eu pour but d'assurer des garanties au personnel... ou que l'instruction ministérielle a été prise en exécution de telle loi ou de tel décret... La considération dominante et suffisante est que l'instruction ministérielle a été prise dans le service intérieur et qu'elle s'applique aux agents du service intérieur ». *Cette interprétation apparaît aujourd'hui manifestement fautive puisque tout l'effort de la jurisprudence consiste précisément à distinguer les circulaires à caractère purement intérieur et ne relevant pas de ce fait du contrôle du juge, et les circulaires à caractère prétendument intérieur mais en réalité à caractère réglementaire qui relèvent de ce contrôle* (322).

(321) Thèse précitée, p. 66.

(322) Le critère est difficile à trouver : Parmi les efforts en vue de le préciser, voir conclusions Tricot dans l'affaire Notre-Dame du Troisker (C.E., 29 janvier 1954, R.P.D.A., 1954.50) et Bernard dans l'affaire Union nationale des associations de parents d'élèves (6 octobre 1961, R.D.P., 1961.1271). De même Galabert et Gentot, chronique générale de jurisprudence administrative, A.J.D.A., 1960.144 et 1961.329

Que les critiques puissent ici s'exprimer n'empêche cependant pas l'intuition initiale « de la vie intérieure » de demeurer juste.

Quelles sont les propositions de critères de M. Rivero ?

Pour les comprendre, il faut se référer à une note de Mestre sous l'arrêt Gros du 22 mars 1929 (323) qui révèle l'originalité de celui-ci. Selon Mestre, la mesure d'ordre intérieur se définirait par la non-lésion des droits de l'agent du fait qu'elle ne met pas en cause le statut tel que l'ont formulé les textes légaux et réglementaires. Mestre songe aux décisions qui ont pour principaux objets « la répartition intérieure des tâches, l'attribution des emplois, l'horaire des travaux ».

Mais M. Rivero considère avec raison que le critère dégagé par Mestre est encore trop limité. Il définit les mesures d'ordre intérieur par rapport au statut en tant qu'elles concernent le seul fonctionnaire; or, elles peuvent avoir effet sur l'usager. « L'usager est si profondément incorporé au service qu'il devient le sujet direct et immédiat des règlements intérieurs et des mesures qui en font l'application » (324). Ainsi M. Rivero étend-il l'analyse de Mestre aux usagers : Mais cette analyse demeure.

Donc l'intuition initiale d'Hauriou est conservée et anime tout l'ouvrage : L'idée de vie intérieure des services publics et par voie d'extension de toute entreprise, quoique liée à des critères inexacts, n'en subsiste pas moins dans son essence et fonde la thèse de M. Rivero. On peut à cet égard utilement comparer les thèses de MM. Vedel et Rivero : Dans les deux cas ces auteurs ont corrigé quelques aspects techniques dangereux ou incertains; dans les deux cas, ils ont construit de façon originale leurs systèmes; dans les deux cas également leurs systèmes n'auraient pu naître sans la double intuition pénétrante de Maurice Hauriou.

Cependant, alors que de la théorie de la cause, M. Vedel avait remonté à une conception fonctionnelle postulée par l'œuvre d'Hauriou, M. Rivero à propos de la mesure d'ordre intérieur remonte à une théorie également générale mais différente, appartenant également à Hauriou, la théorie institutionnelle.

Il lui semble en effet qu'il existe des affinités profondes qui unissent la notion de vie intérieure à la théorie institutionnelle (325).

Il distinguait pour les institutions comme pour les être vivants, une série de modalités d'existence qui s'échelonnent du non-être à la

au sujet de l'arrêt Aristide Quillet (C.E., 5 mai 1961). Ainsi que le dit M. de Laubadère, la tendance jurisprudentielle est de se montrer de plus en plus exigeante pour reconnaître à une circulaire le caractère réglementaire « Ce qui n'est naturellement pas dans le sens du développement de la protection juridictionnelle des administrés », *Traité*, 1963, p. 257, n. 477.

(323) S. 1929.III.129.

(324) Thèse précitée, p. 71.

(325) Ces affinités avaient été déjà perçues par Renard dans les développements par lui consacrés à la mesure d'ordre intérieur dans sa théorie de l'institution et où il la définit comme un des degrés de l'existence institutionnelle, p. 240 et suiv.

plénitude de l'être : l'ordre intérieur étant un des degrés de cette hiérarchie. Il définissait au sein des services publics, des institutions secondaires qui n'existent pas vis-à-vis de la collectivité des citoyens, qui valent au contraire à l'intérieur du corps dont elles sont les éléments. Tels sont les bureaux d'un ministre, les commissions d'une assemblée parlementaire, les formations contentieuses ou administratives du Conseil d'Etat. Finalement, Renard distingue deux degrés dans les institutions.

— Les unes existent physiquement et sont des personnes.

— Les autres n'ont qu'une existence fictive relative, intérieure par rapport à un certain cercle au-delà duquel elles disparaissent. M. Rivero fait alors remarquer « avec quelle fidélité cette conclusion épouse notre propre distinction de la légalité générale et de la légalité intérieure » (326).

Ainsi qu'il le remarque encore, la notion de vie intérieure elle-même se rattache de la manière la plus directe à la définition institutionnelle des services publics, éveillant l'idée d'un ordre clos, subordonné à la réalisation d'une fin et se donnant à lui-même ses règles. « C'est là un fait qui n'est peut-être pas une coïncidence si l'on veut bien ne pas oublier que c'est le Doyen Hauriou qui le premier a dégagé la notion de vie intérieure et se souvenir que la théorie institutionnelle était le lieu d'unité où venaient confluer les aspects si divers de sa pensée ».

M. Rivero défend alors la théorie de l'institution contre l'objection suivante : trop soucieuse de suivre la fluidité du réel, impuissante à le fixer en catégories immobiles, sa valeur d'explication serait négligeable. « A cette critique, il est facile de répondre ; l'observation des faits nous a permis de dégager l'extrême mobilité des éléments de la vie intérieure des services qui ne laissent pas réduire à des catégories formellement caractérisées. L'adéquation de l'esprit à l'objet qui demeure le but de la connaissance exige donc ici un concept susceptible de suivre cette mobilité, le concept institutionnel est bien celui-là... » (327).

Est-ce à dire qu'ici M. Rivero a découvert lui aussi comme M. Vedel l'avait fait à la suite d'Hauriou, une conception fonctionnelle du droit ?

On répondra par la négative si l'on remarque l'extrême brièveté de ces formules. Mais leur caractère très furtif n'empêche pas de répondre par l'affirmative : M. Rivero, sans approfondir le problème, pense que l'analyse juridique ou tout au moins certaines analyses juridiques relèvent d'une conception très souple plastique, évolutive, au service du réel et non de leur propre contenu. Par là aussi, quoique de façon très furtive, M. Rivero se rattache à la pensée du Maître de Toulouse.

(326) Thèse, p. 382.

(327) RIVERO, Thèse, p. 382.

SOUS-SECTION X

LES DELEGATIONS DE MATIERES

Maurice Hauriou, on l'a vu (328), avait, dans sa note précitée sous l'arrêt de Ségalas, jeté dans la circulation l'idée de délégation de matières : « Le principe de cette théorie consiste à substituer l'idée de délégation des pouvoirs et ce qui permet cette substitution, c'est le fait qu'un pouvoir ou une compétence s'exerce toujours dans un domaine déterminé et que ce domaine du pouvoir et de la compétence s'analyse lui-même en de certaines catégories de matières ou d'affaires à régler ou à décider. C'est ainsi qu'il existe un domaine de la loi et un domaine du décret, c'est-à-dire des matières qui demandent à être réglées par la loi et d'autres qui peuvent être réglées par décret. Ceci posé, on conçoit que l'on puisse substituer à peu près partout l'idée de délégation de matières à celle de délégation de pouvoir...

Une fois qu'on est entré dans la voie des délégations de matières, on s'aperçoit qu'elles sont légion... Si nous jetons un regard sur notre organisation constitutionnelle et administrative, nous y apercevons également des délégations de matières qui, maintenant qu'on en est averti, crèvent les yeux... » (note précitée).

Maurice Hauriou donne alors très brièvement une série d'exemples : en particulier, les matières coloniales, les Départements ministériels et d'autres encore. Or, tous ces exemples constituent autant de titres de chapitres ou de sections de la thèse de M. Delvolvé sur « Les délégations de matières en droit public ». Cette thèse toulousaine manifestement imprégnée par le bain intellectuel de Toulouse des années 1930 doit d'abord sa naissance même à Hauriou puisque l'intuition initiale appartenait au Doyen de Toulouse. Ainsi M. Delvolvé déclare explicitement approuver la définition d'Hauriou des délégations de matières : L'expression de M. Hauriou « délégations de matières » offre, malgré l'objection que soulève l'alliance de ces deux mots, des avantages réels.

Et tout d'abord, celui-ci dont nous n'entendons pas exagérer l'importance de concorder avec le maintien du vocabulaire du Conseil d'Etat (vocabulaire erroné bien entendu) du mot délégation.

En second lieu, il distingue nettement cette fausse délégation de la délégation véritable. Celle-ci est un transfert de pouvoirs : le Conseil d'Etat emploie le mot délégation de pouvoir et de pouvoirs délégués. Nous savons qu'un pouvoir ne se délègue pas. L'expression délégation de matières évitera toute équivoque » (329).

Hauriou, dans sa note précitée, avait fondé sa théorie sur la distinction des organes fondateurs et des organes fondés « Tout organe

(328) Deuxième partie, chapitre II, section I, paragraphe 2.

(329) Thèse précitée, pp. 94-95.

fondateur, qu'il soit constituant ou simplement législatif, peut être considéré comme faisant des délégations de pouvoirs ou de compétences aux organes qu'il crée. Un organe fondé ne peut faire à un autre organe fondé que des délégations de matières que l'organe favorisé de la délégation règlera avec son propre pouvoir ».

M. Delvolvé s'empare de cette idée et en tire les conséquences de façon très logique : L'organe fondateur a seul qualité de déléguer un pouvoir dont le champ d'activité s'analyse en un certain nombre de matières à régler. *C'est là ce que M. Delvolvé appelle la détermination « primaire » de compétence de l'organe fondé.* L'organe fondé ne peut déléguer que les matières et c'est ainsi une partie de son domaine dont il se sera débarrassé. *Et c'est là, selon M. Delvolvé, une « délégation secondaire de compétence ».* Secondaire pour deux raisons :

— *En premier lieu*, parce que c'est une détermination postérieure ou tardive et non nécessaire puisqu'elle n'avait pas été effectuée par la loi fondatrice, comme les attributions qu'elle avait jugé essentielles.

— *En second lieu*, parce que c'est une détermination au second degré ou si l'on veut pas intermédiaire, la loi fondatrice l'ayant rendu possible par son autorisation, l'organe déléguant la réalisant de sa propre volonté.

Ainsi la construction, avec ses deux grands axes de détermination primaire et secondaire, apparaît-elle originale. Mais on aperçoit facilement son étroite liaison avec la distinction du Doyen de Toulouse entre organe fondateur et organe fondé. C'est parce que l'organe fondateur a une compétence plénière — pour les pouvoirs et pour les matières — que M. Delvolvé a pu parler de « détermination primaire de compétence ». C'est parce que l'organe fondé a une compétence partielle — pour les seules matières — que M. Delvolvé a pu parler de « détermination secondaire de compétence ».

La conclusion générale qu'il adopte va également dans le sens des intuitions d'Hauriou : Il propose d'exclure le mot de délégation du vocabulaire du droit public (sauf dans le sens de délégation de pouvoirs). Maurice Hauriou utilisait lui-même le mot de délégation de matières en désespoir de cause sachant à quel point le Conseil d'Etat tenait au mot délégation. *Mais de tout temps, Hauriou avait éprouvé une incontestable répulsion pour le terme et son contenu.* Ainsi avait-il dit dans « Principes de droit public » que la délégation est « la plaie du droit public » (330). Il est vrai que sur ce point, il se rencontrait avec Duguit qui a sans cesse proposé de bannir le mot délégation du droit public.

Au total, la thèse de M. Delvolvé constitue donc — comme les thèses de MM. Rivero, Vedel et Welter — un assez bel exemple d'ouvrage important écrit à partir de furtives intuitions du Maître de Toulouse, rédigées en quelques lignes.

(330) Voir Introduction générale, section II, paragraphe 5.

CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER

Ce chapitre nous a permis d'exposer, de façon très *analytique* — matière par matière — la diffusion de la pensée d'Hauriou dans la doctrine.

Une *synthèse* sommaire apparaît ici indispensable.

En effet, la diffusion de la pensée administrative de Maurice Hauriou dans la doctrine peut être reconstruite sous deux angles :

- Sous l'angle des influences et des sympathies;
- Sous l'angle des hostilités et des antipathies.

1) *Les influences.*

Maurice Hauriou a exercé une influence très diverse. On peut tenter de situer cette influence à trois niveaux :

— *Achille Mestre* et *M. André Hauriou* l'ont subie de façon totale et immédiate encore que sur certains points l'originalité de ces deux auteurs ne soit pas contestable.

— *D'autres auteurs*, appartenant à une autre génération — plus jeune — ont subi l'influence d'Hauriou de façon très profonde. Mais cette influence n'a pas été totale. Elle s'est exercée par le biais de thèmes spécifiques à Hauriou. MM. les professeurs Rivero et Vedel constituent les exemples les plus évidents de ce type d'influence. Mais d'autres, tels que MM. Delvolvé ou Welter, doivent être également rangés dans cette rubrique.

— Enfin, Hauriou, le premier, a entrevu et défendu — contre Duguit en particulier — un grand nombre de solutions que le droit positif consacre ainsi que la *quasi-unanimité de la doctrine*. Les auteurs approuvent aujourd'hui à la quasi-unanimité les analyses du Doyen de Toulouse relatives au domaine public, à la responsabilité administrative, à la fonction publique (hostilité au contrat de fonction publique), aux développements des pouvoirs du juge et peut-être même à la personnalité morale des collectivités publiques et à la notion de service public.

Plus encore, il apparaît clairement que la doctrine contemporaine n'a plus une conception idéologique et totale du droit administratif mais une conception technique refusant tout *a priori* à une philosophie juridique quelconque.

Il est difficile de qualifier avec précision les éléments de ce nouvel état d'esprit. *Il suffira d'énoncer qu'aujourd'hui aucun auteur de droit administratif n'est partisan d'un système général qu'il plaque artificiellement sur les analyses techniques de cette discipline.* C'est une vérité d'évidence mais une vérité qu'il convient de rappeler : Il est inutile de citer tous les grands auteurs modernes de droit administratif français. Il n'en est pas un seul qui prétende détenir

un système général d'explication. Le cas de M. de Laubadère est particulièrement typique : Formé par l'Ecole de Bordeaux, défenseur initial de l'école de service public, il défend aujourd'hui des thèses très nuancées (« service public notion carrefour ») et son pluralisme même ressemble à celui d'Hauriou qui, épris de concret, cherchait un système d'explication différent pour chaque analyse.

M. de Laubadère reconnaît qu'il existe une tendance dominante dans la doctrine actuelle du droit administratif en France qui consiste à se défier de prises de parti sur telle ou telle grande théorie générale « au moyen d'une adhésion ou d'un refus global, une tendance à préférer prendre parti distinctement sur chacun des éléments qui constituent cette théorie » (331).

Le pluralisme d'Hauriou qui le poussait à des explications variées coïncidant avec une réalité naturellement variée préparait à cet auteur un avenir scientifique remarquable : La société française de la fin du XX^e siècle entend refuser les idéologies, cultive le goût du concret, de l'analyse technique sérieuse, minutieuse, détaillée. Que ce goût se retrouve en droit administratif n'est étonnant que pour les partisans d'un droit détaché de la vie.

Telle était la conception d'Hauriou. Le pluralisme de sa pensée philosophique constitutionnelle et administrative le conduisait à ces équilibres très souples, très évolutifs dont la plasticité refusait *a priori* toute philosophie juridique générale artificiellement « plaquée » sur des analyses techniques.

L'influence nous apparaît donc considérable. Hauriou est un auteur moderne. Hauriou est un auteur vivant. Dans la plupart des cas, ses analyses sont encore valables quarante ans après sa mort pour peu qu'on les nuance sur tel ou tel point et que l'on cite la jurisprudence la plus récente.

Plus encore, Hauriou n'étant pas un auteur « fermé », quelques-unes de ces intuitions très elliptiquement énoncées ont été la base de thèses fondamentales : Parmi d'autres, on a pu citer les thèses de MM. Delvolvé, Rivero et Vedel.

Son destin scientifique nous apparaît absolument exceptionnel. Peut-être serait-il possible aujourd'hui à l'étudiant en droit administratif de licence d'ignorer l'œuvre de Léon Duguit. Sans doute « mon vieux Léon », comme disait familièrement Hauriou, a-t-il construit une œuvre très suggestive et très féconde sur le plan d'une certaine réflexion abstraite. Mais il faut reconnaître — quoiqu'on ait voulu dire au Congrès Léon Duguit — que la plupart des analyses et propositions concrètes de Léon Duguit sont restées lettre morte (332).

(331) « Duguit et la doctrine du droit administratif ». Contribution au congrès, DUGUIT, « Revue juridique et économique du Sud-Ouest », Série juridique, 1959, M. 3 et 4, p. 171.

(332) M. de Laubadère, dans sa contribution précitée au Congrès Duguit, reconnaît lui-même que « dans presque toutes les discussions juridiques du droit administratif lorsqu'on expose les thèses en présence, la théorie ou l'opinion de Duguit est présentée et l'on souligne toujours son importance. Mais lorsque l'on

Cet auteur très fécond nous apparaît aujourd'hui incontestablement dépassé. Par contre, il serait impossible au même étudiant d'ignorer Maurice Hauriou dont la contribution au droit positif et aux discussions doctrinales modernes a été des plus décisives.

2) *Les hostilités.*

Cette pensée d'une grande richesse, non exempte d'obscurité, a engendré bien des hostilités.

a) *Les unes correspondent à une incompatibilité de tempérament et de doctrine tout à fait générale.*

L'œuvre de Duguit rentre dans ce cadre encore que sur bien des points fondamentaux et négatifs (hostilité à l'Ecole de droit public allemande et hostilité à l'arbitraire étatique (333), les deux auteurs sont en accord.

En effet, après la lecture simultanée et minutieuse des œuvres des deux doyens de Toulouse et de Bordeaux, *on peut se demander si leurs analyses sont vraiment aux antipodes l'une de l'autre.*

L'idée moyenne qu'un bon étudiant en doctorat se fait de ces deux auteurs le conduit à des images de combat total et sans merci. En est-il vraiment ainsi ? Il ne le semble pas.

Souvent, très souvent, les deux auteurs se citent et s'analysent avec attention. Souvent, très souvent, les deux auteurs s'approuvent sur des points fondamentaux. Par exemple, en ce qui concerne le problème de la personnalité juridique, Hauriou se déclare entièrement en accord avec Duguit dans son hostilité à la doctrine allemande de la Herrschaft et dans la direction générale que celui-ci adopte : la direction du droit objectif (encore qu'Hauriou estime très exagéré et trop systématique la théorie de Duguit sur ce point), Duguit de son côté déclare très souvent « excellentes » les analyses d'Hauriou. Il suffit ici d'ouvrir la table analytique, par exemple, le tome III du Traité de droit constitutionnel, pour s'en rendre compte. Au mot Hauriou, on lit « Hauriou dit justement que ... (suit un problème; dit encore justement que ... (un autre problème) et ainsi de suite, les critiques se mélangeant aux louanges.

Où se situent donc les louanges et où se situeraient donc les critiques ? On pourrait imaginer que les premières se situent au niveau de la conception générale du droit public et les autres au niveau des

passé ensuite à la prise de position à la solution proposée, il est rare aujourd'hui que ce soit à la théorie de Duguit que l'on se rallie en fin de compte purement et simplement ou même pour l'essentiel » (p. 173).

Cette appréciation vient contredire, à juste titre, les idées développées dans la contribution collective à ce même Congrès Duguit relative à « L'influence des idées du Doyen Duguit sur la jurisprudence du Conseil d'Etat » par MM. BOUTET, GAZIER et HEUMANN, LETOURNEUR et THÉRY (p. 181).

(333) Si bien que s'il existe en droit public général un clivage fondamental dans la doctrine, ce n'est pas entre Duguit et Hauriou qu'il se situe mais entre ces deux auteurs alliés et l'Ecole allemande Carré de Malberg et ses disciples.

analyses techniques ou inversement. En fait il n'en est rien. Louanges et critiques, accord profond et désaccord profond se combinent constamment dans les deux œuvres fleuves.

Dans le complexe hostilité-sympathie, il est très difficile de déceler une note dominante. Si, finalement, on peut affirmer avec précaution que ces deux auteurs sont plus éloignés que rapprochés, cette affirmation ne peut valoir ni au niveau des analyses techniques ni même au niveau de la conception générale du droit public, mais seulement sur le plan de la conception générale du droit.

Sur ce point d'ailleurs très important, les deux auteurs s'opposent sans nuances.

— L'un, nous l'avons vu à plusieurs reprises sans qu'il soit besoin d'insister, défend une conception fonctionnelle du droit : Il se préoccupe très peu du contenu d'un concept ou d'une théorie. L'essentiel est l'utilisation que l'on peut faire de telle ou telle démonstration. De là l'aisance avec laquelle il change d'idées, de concepts, de théories.

— L'autre, Léon Duguit, s'oppose sur ce point fondamentalement à son collègue de Toulouse. *Il a une conception du droit qu'il affirme scientifique*. Par exemple, il insiste sur les bienfaits d'une théorie pure exacte « Hauriou me reproche de voir dans ce qui précède des difficultés qui paraissent bien théoriques et particulièrement en ce qui concerne les lois supplétives d'élever des chicanes qui ne sont guère justifiées. Ces reproches ne me touchent point. D'abord serait-il vrai que tout cela est purement théorique, ce ne serait point inutile, car il est essentiel d'avoir des idées théoriquement exactes... » (334).

On peut citer encore Duguit dans le même sens : « Au reste, la comparaison que fait Hauriou entre l'acte administratif et l'acte commercial montre que dans sa pensée, ce qui caractérise les actes juridiques et permet de les distinguer entre eux *c'est le but pratique en vue duquel ils sont faits*. C'est ce que je ne puis admettre. Un acte juridique est caractérisé et ne peut être caractérisé que par la modification qui se produit à sa suite dans l'ordonnancement juridique » (335).

On peut multiplier les exemples de ce genre : Duguit adoptait logiquement une théorie. Il défendait ensuite sa forteresse et, en conséquence, changeait peu souvent d'idée.

Sur ce point là donc, nous ne ferons aucune difficulté pour admettre la contradiction des deux doctrines.

A cela, il faut d'ailleurs ajouter que Duguit ne comprenait pas toujours les développements d'Hauriou : ici encore l'obscurité ou tout au moins « le flou » du Doyen de Toulouse l'a desservi. Ainsi Duguit, à propos d'une question précise, dit-il avec une fausse modestie assez ironique « L'infirmité de notre esprit ne nous a pas permis de le comprendre... » (336).

(334) *Traité de droit constitutionnel*, tome II, pp. 168-169.

(335) *Op. cit.*, tome II, pp. 238-239.

(336) *Op. cit.*, tome I, p. 313.

Mais si les deux auteurs apparaissent éloignés quant à la conception générale du droit, un complexe sensiblement équilibré d'hostilité et de sympathie se révèle quant au reste (337).

b) Quant aux critiques parcellaires que la doctrine a voulu formuler, on s'est aperçu (au moins une fois) que l'obscurité verbale d'Hauriou était en partie responsable de l'incompréhension dont ses thèses étaient quelquefois l'objet.

Hauriou a souvent irrité ses lecteurs. J'èze ne voyait dans sa doctrine que des mots, des images (338). Sur le fond, Duguit dénonçait les dangers que selon lui Hauriou faisait courir à une certaine conception de l'Etat et de l'administration démocratique. Plus récemment, M. Prosper Weil dénonçait « l'extraordinaire confusion introduite par cet auteur dans le droit administratif » (339). M. Eisenmann n'utilise pas des qualifications aussi violentes. Mais ses critiques sont toujours radicales. Il ne reconnaît généralement à cet auteur aucun mérite et le charge de tous les péchés. Ainsi dans son article précité à la Revue philosophique et qui concerne uniquement les idées constitutionnelles de notre auteur, M. Eisenmann dénonce avec minutie, ce qu'il croit être les contradictions d'Hauriou, en même temps qu'il lui impute une théorie « élitiste » du pouvoir politique, à laquelle selon nous Hauriou n'a pas songé. Dans tous ses cours de doctorat, les allusions à Hauriou ne manquent pas. Il semble même à la limite que pour M. Eisenmann le Maître de Toulouse joue paradoxalement le même rôle de fécondation que pour MM. Rivero et Vedel. Mais alors que ceux-ci poursuivent les intuitions du Maître, M. Eisenmann les pourchasse. Il est d'ailleurs normal que celui-ci n'ait jamais été très convaincu par Hauriou. Sans qu'il en ait jamais fait une critique systématique, la conception générale du droit du Doyen de Toulouse ne peut que heurter en lui, le disciple de Kelsen. Ainsi que le dit M. Georges Gurvitch (340), Hauriou « a voulu consciemment élaborer une nouvelle méthode idéal-réaliste qui dépasse l'opposition consacrée entre le nor-

(337) Nous avons écarté du débat un certain nombre de problèmes qui ne paraissent pas fondamentaux quant à la querelle entre les deux auteurs : Ainsi de la théorie des actes juridiques de Duguit qui est considérée avec raison par Hauriou et par Duguit lui-même comme très séparable du système général du Doyen de Bordeaux (il en fait l'aveu au tome I, p. 6 de son *Traité de droit constitutionnel*). D'ailleurs Hauriou n'a jamais contesté l'utilité de la clarification des actes juridiques de Duguit, se contentant de remarquer qu'elle n'était pas liée à l'ensemble de son œuvre (*Principes de Droit public*, 1910, p. 216).

(338) « Comme à l'ordinaire, le professeur Hauriou argumente par voie de comparaison. C'est là une méthode de raisonnement qui me paraît vicieuse ; étant dénuée de toute précision, l'argumentation échappe à la réfutation : on ne réfute pas une image. Le recours pour excès de pouvoir, nous dit-on, est de nature disciplinaire. Il s'agit d'*expulser* un acte hors du système juridique. Le Conseil d'Etat ne peut donc qu'annuler. Je ne vois là que des mots et des images », *in* note sous l'arrêt Lafage, R.D.P., 1912, p. 291.

(339) A propos de la décision exécutoire *in* note sous Conseil d'Etat, 20 avril 1956, Ville de Nice, A.J.D.A., 1956.II, n. 257, p. 267.

(340) Article précité *in* Archives de philosophie du droit, 1931, p. 158.

matif et le sociologique par la recherche des idées faits sociaux, faits normatifs selon notre terminologie ou institution selon celle d'Hauriou. « Or, cette conception de la règle de droit est aux antipodes de la norme kelsenienne. Mais les auteurs — et en particulier M. Eisenmann — ne se sont pas seulement contenté de manifester leur aversion. Il faut leur rendre cette justice qu'en bien des points, ils ont minutieusement démontré certains mécanismes des analyses du Maître de Toulouse et quelquefois leurs critiques ont paru pleinement convaincantes. Même lorsqu'elles ne l'étaient pas, les critiques ont été suggestives. Il n'est rien de tel qu'un ennemi pour révéler la pensée d'un ennemi. Les opposants à Hauriou, comme ses disciples, nous ont permis de mieux connaître sa pensée.

Mais MM. Waline et Eisenmann n'adoptent pas la même attitude à l'égard d'Hauriou : M. Waline, en désaccord sur la portée de la notion de moralité administrative, et avec raison, n'en a pas moins reconnu la fécondité de l'intuition sur ce point, puisqu'il a prolongé l'analyse de la moralité administrative (341).

Par contre, M. Eisenmann n'a reconnu à propos de la décision exécutoire aucun mérite à un auteur qu'il considère comme « intellectuellement peu sérieux ». Or, M. Eisenmann nous paraît s'être trompé.

L'absence de pertinence de certaines critiques, l'influence positive considérable que nous avons cru déceler se combinent pour donner une vue singulièrement imposante de la pensée administrative du Doyen Hauriou. *C'est ici l'occasion d'expliquer ce destin scientifique exceptionnel par cette même idée d'équilibre et de pluralisme qui court tout au long de notre ouvrage.* Equilibre philosophique avec la méthode préférée d'Hauriou : la transaction; équilibre constitutionnel entre le pouvoir d'Etat et le pouvoir national; équilibre administratif avec la dialectique permanente de la puissance publique et de ses autolimitations objectives. Ces équilibres liés les uns aux autres et se nourrissant réciproquement expliquent le destin scientifique d'Hauriou.

En effet, il est difficile de prendre cet auteur en flagrant délit d'erreur : Très conscient des fluctuations de la vie sociale et juridique, très conscient de la complexité et des contradictions du réel, Hauriou le pluraliste fait entrer tous les éléments — même les plus contradictoires — dans ses théories. C'est le plus sûr moyen de s'adapter au réel et de n'être jamais démenti par les faits. Sans doute répliquera-t-on

(341) On a d'ailleurs éprouvé quelques difficultés à ranger M. Waline parmi les amis ou les ennemis d'Hauriou. Sur quelques points importants (puissance publique, décision exécutoire par exemple), M. Waline présente des analyses très proches des disciples d'Hauriou. Mais le positivisme juridique qui a toujours animé les analyses de cet auteur (et qui le rapproche en un sens plus qu'il ne le croit du positivisme juridique et du réalisme d'Hauriou) l'a empêché de se sentir conscient de l'appartenance à l'approche d'un auteur, l'approche fut-elle aussi souple que celle d'Hauriou. M. Waline consulté a confirmé cette interprétation.

qu'il ne s'agit plus de science. La science juridique, selon certains (342) apparaissant comme la construction d'un système de normes, cette mise « bout à bout » d'éléments en apparence — et en apparence seulement — hétéroclites ne mérite plus le nom de science. Hauriou ratifierait sûrement ce jugement. *Pour lui, le droit n'est pas une science mais un art, qui doit transfigurer le réel mais en s'attachant à lui.* Le droit doit « coller » au réel tout en schématisant et en charpentant certains aspects incertains et invertébrés. Le pluralisme qu'il défendait, comprenait que ces opérations intellectuelles fort différentes devaient être pratiquées simultanément par le juriste.

Les équilibres et le pluralisme expliquent donc le destin scientifique de l'œuvre d'Hauriou au moins dans sa portée immédiatement doctrinale.

En sera-t-il de même dans sa portée jurisprudentielle ? En principe la souplesse même de la doctrine du Doyen de Toulouse devait le prédisposer à une influence exceptionnelle sur la jurisprudence. On verra qu'il n'en est rien, en raison de la définition très restrictive que nous entendons donner à la notion « d'influence sur la jurisprudence » ; en raison également de facteurs spécifiques au corps du Palais-Royal et que nous exposerons dans un chapitre II.

(342) Kelsen et ses disciples, en particulier M. Eisenmann.

« *La jurisprudence fait son métier qui est d'être instinctive.* »

(Maurice Hauriou)
Précis de droit administratif
3^e édition, 1897, p. 177.

« *Surtout pas de doctrine : vous auriez l'esprit faussé.* »

(Romieu)
à de jeunes auditeurs.

CHAPITRE II

LA DIFFUSION DE LA PENSÉE D'HAURIOU DANS LA JURISPRUDENCE

Si le métier de la jurisprudence est d'être instinctif, on comprend *a priori* que l'influence de notre auteur — comme de tout auteur sur la jurisprudence — sera très difficile à mesurer.

M. Rivero rétorque sans doute que la jurisprudence ne peut se désintéresser de la doctrine et qu'au fond elle ne l'a jamais fait. Mais autant son analyse semble valable sur le plan d'une philosophie générale des rapports de la jurisprudence et de la doctrine, autant elle semble inadaptée à l'espèce.

Il faut en effet s'entendre sur la notion de diffusion (influence ou hostilité). On peut adopter une conception extensive et affirmer que si telle analyse faite un jour par tel auteur est consacrée plusieurs mois ou plusieurs années après par un arrêt, il y a influence de cet auteur sur la jurisprudence (1). *Dans cette perspective, les influences d'Hau-*

(1) Voir section II de ce chapitre.

riou sur le Conseil d'Etat sont facilement perceptibles et fort nombreuses. Toutes les intuitions partielles et globales analysées dans la deuxième partie, la notion même de puissance publique combinée avec celle de service public sont certainement encore très actuelles.

Plus encore la conception d'Hauriou relative au fondement et au critère de la domanialité publique qu'il fut le premier — et longtemps le seul à défendre — se serait traduite en 1925 par la jurisprudence Piccioli précitée qui reconnaît implicitement la valeur de la notion de propriété administrative du domaine. Le critère de l'affectation à l'usage de tous — dans son extension même — est très actuel. De même l'hostilité de Maurice Hauriou aux thèses contractuelles en matière de fonction publique se serait traduite par la jurisprudence de 1937, Dlle Minaire précitée. On pourrait multiplier les exemples de ce genre.

Cette conception extensive permet donc de multiplier les exemples d'influence. C'est cette conception qui anime par exemple la contribution du Congrès Duguit de 1959 intitulée : « L'influence des idées du Doyen Duguit sur la jurisprudence du Conseil d'Etat » (2).

Or, cette conception n'est pas la nôtre : elle nous paraît constituer un assez bel exemple de défaut de rigueur scientifique. Nous avouons franchement nos préférences pour une conception résolument restrictive. En effet, penser comme le font les auteurs de la contribution au Congrès Duguit que l'influence de Duguit est évidente en ce qui concerne par exemple la notion de service public, c'est affirmer et ne rien démontrer. Ces auteurs citent allègrement la jurisprudence Epoux Bertin et Gondrand Frères (3).

Qui peut sérieusement démontrer de façon rigoureuse et certaine que c'est parce qu'ils ont lu tel ouvrage ou telle note de Duguit que les juges ayant statué en ces affaires ont orienté la décision en ce sens ? Les initiés affirment que le Président Latournerie, grand admirateur de Duguit et alors Président de la section du contentieux, a été l'origine de cette impulsion nouvelle de la jurisprudence qualifiée de « renouveau du service public ». Mais un homme seul ne peut rien faire : si le Président Latournerie a été suivi par la section du contentieux c'est que celle-ci dans son ensemble l'a approuvé. Le Président Latournerie est admirateur de Duguit. Soit.

Oserait-on dire pour autant que la section du contentieux l'a approuvé parce qu'elle admirait Duguit ? Ne serait-ce pas plutôt qu'un bain d'idées communes, en provenance de Duguit comme d'Hauriou (qui n'était pas le grand ennemi de la notion de service public que l'on nous a jusqu'alors présenté) a imprégné la section du contentieux ? Au-delà de l'influence combinée des auteurs, la section du contentieux n'a-t-elle pas été déterminée par ce qu'il lui apparaissait — à tort selon

(2) Congrès Duguit précité, p. 181, par MM. BOUTET, GAZIER, HERRMANN, LETOURNEUR et THÉRY.

(3) 20 avril 1956, Rec., p. 16 et 11 avril 1956, Rec., p. 202.

nous — comme une exigence de clarté, l'idée de mission et de but des institutions étant d'ailleurs tout à fait liée aux idées générales de notre temps ?

Dira-t-on alors que les idées générales de notre temps sont imputables au seul Duguit ? En fait, cette conception extensive permet d'inclure dans « la prétendue démonstration » tous les éléments possibles sans aucun contrôle.

Bien plus, cette conception extensive conduit à des manifestes contre-vérités : Ainsi les auteurs de la contribution précitée ont cru devoir inclure dans leur « démonstration » que la substitution du critère du service public au critère des clauses exorbitantes en matière de contrats administratifs va dans le sens des idées de Duguit. Or, on l'a vu, le Doyen de Bordeaux trouvait révoltante l'idée même de contrat administratif (4). Selon lui, en matière de contrat, l'administration ne devait pas posséder plus de pouvoir qu'un simple particulier. C'est l'existence même du contrat administratif qu'il contestait. *Comment dès lors approuverait-il telle ou telle jurisprudence sur l'évolution des critères du contrat administratif ?* (5).

Nous avouons donc résolument nos préférences pour la conception restrictive qui consiste à mesurer de façon très précise et la plus rigoureuse possible comment telle analyse a pu influencer sur tel arrêt par l'entremise ou sans l'entremise de tel commissaire du gouvernement. *Une pareille conception nous conduira à la découverte de très rares cas d'influence certaine. Mais nous préférons la certitude à toutes les probabilités si grandes soient-elles.*

Cette conception très restrictive explique que ce chapitre constitue plutôt un procès-verbal de carence. La description des difficultés rencontrées expliquera les très rares cas d'influences de juges.

On analysera d'abord la défiance du Conseil d'Etat à l'égard de toute doctrine et en particulier de celle de Maurice Hauriou (section I). La réplique de M. Rivero constituera l'essentiel de la section II. Les très rares cas d'influences qui découlent logiquement de cette discussion seront développés dans une section III.

Une dernière remarque de méthode s'impose : Contrairement au chapitre précédent, nous n'étudierons ici que les cas d'influences en

(4) Troisième partie, chapitre I, section II, sous-section I.

(5) Il serait possible d'objecter ici que précisément Duguit, hostile à la mise entre les mains de l'administration de moyen exorbitants, approuverait la jurisprudence fondant le contrat administratif sur la notion de service public. Mais cette objection n'est possible que parce que Duguit entraînait en contradiction avec lui-même quand refusant d'un côté les moyens exorbitants, il plaçait au centre du droit public la conformité des institutions à la règle de droit objective, il refusait en même temps les moyens d'assurer cette mission, les moyens pour les institutions de se conformer à la règle de droit objective. Duguit, on l'a vu, n'était pas logique avec lui-même. Or ce n'est sûrement pas en choisissant les contrats administratifs — matière où éclate l'incohérence de Duguit — que l'on peut analyser son influence sur la jurisprudence, la mesure d'une influence nécessitant la mesure de la clarté et de la cohérence de la cause, seul moyen de comprendre l'impact de la cause sur l'effet. Or ce n'est pas la méthode suivie par ces auteurs...

écartant les cas d'hostilités. En effet, s'il est déjà infiniment difficile de déceler tel cas certain d'influence, il sera impossible de dégager un cas certain d'hostilité. Le juge n'a pas l'habitude de décider *contre* une doctrine mais *pour* la solution de telle nécessité concrète qui va éventuellement dans le sens d'une doctrine.

SECTION I

LE DESINTERESSEMENT DU CONSEIL D'ETAT A L'EGARD DE LA DOCTRINE

Traditionnellement, le Conseil d'Etat entend ne pas se régler sur les travaux de la doctrine, tout au moins de celle des Facultés de droit. Nous savons que cette affirmation, par sa brutalité, est susceptible d'être attaquée tant par certains membres du Conseil d'Etat que par certains maîtres des Facultés de droit. Et pourtant, nous la maintenons, car elle nous paraît immédiatement surgir de l'étude des conclusions et des arrêts, des articles rares et édifiants signés par tel ou tel membre de l'assemblée du Palais-Royal.

On distinguera ici les formes et modalités de ce désintéressement (§ 1) de ses raisons officiellement ou officieusement annoncées (§ 2). Enfin, on constatera que les réticences des hommes du Palais-Royal à l'égard de la doctrine ne peuvent que s'aggraver avec la personnalité d'un auteur tel qu'Hauriou (§ 3).

PARAGRAPHE I

Formes et modalités du désintéressement à l'égard de la doctrine.

M. Latournerie affirme que « le juge et la doctrine, sans identifier leur point de vue, se prêtent fréquemment un secours mutuel... Sans qu'il soit possible de doser ni l'action exacte de la jurisprudence sur la doctrine ni l'influence de celle-ci sur les arrêts, nul doute qu'entre la chaire de la Faculté et le siège du juge, il n'existe des rapports étroits, pour le profit de l'une et de l'autre » (6).

On voit ici toute la *prudence* de cet auteur qui parle en termes vagues de *secours mutuel* et qui reconnaît qu'il est impossible de doser l'action réciproque de la jurisprudence et de la doctrine. Or, M. Latournerie est certainement une des personnalités qui, au Conseil d'Etat, s'intéresse le plus aux travaux doctrinaux. Sa position plus que pru-

(6) « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », livre jubilaire du Conseil d'Etat, p. 177 et suiv.

dente laisse présager l'attitude défiante de la majorité des membres de l'assemblée du Palais-Royal vis-à-vis de la doctrine.

Ainsi que le reconnaît lui-même M. Latournerie, « il reste qu'entre le juge même le mieux informé des plus modernes idées de l'école et le théoricien du droit le plus attentif à tous les aspects de la jurisprudence, il subsiste une différence irréductible, tenant à une différence professionnelle de comportement » (7). En effet, le premier au contact de l'expérience quotidienne des faits pense généralement que les faits sont des protéées qui, changeant continuellement de forme, échappent aux étreintes doctrinales. Le second, dans sa chaire, libéré des nécessités de l'action, trouve « dans la légèreté de sa marche, la tentation de trop presser le pas » (*ibidem*).

Le sentiment moyen des membres de l'assemblée du Palais-Royal se résume dans une défiance générale — et assez irraisonnée — à l'égard de toute construction générale, qu'elle tire ou non son origine des Facultés de droit. L'important, pour le juge, réside dans l'étude minutieuse du dossier et des précédents. Par ailleurs — comme l'avait d'ailleurs très bien entrevu Maurice Hauriou — sa démarche intellectuelle n'est pas purement logique car le juge s'intéresse parfois pratiquement aux incidences de sa décision sur la bonne marche de l'administration, ce qui constitue, par un certain côté, une démarche intellectuelle fonctionnelle qui ressemble à celle d'Hauriou.

Ainsi M. Latournerie, dans son étude précitée, donne-t-il l'exemple de l'arrêt Dehaene bien connu, relatif au droit de grève des fonctionnaires : En matière de droit de grève, la Constitution était restée, on le sait, fort prudente. Le respect de la Constitution même, plus encore que les considérations de prudence, n'aurait-il pas dû conduire le juge sinon à l'abstention, du moins à la solution du moindre effort consistant dans le recours aux précédents tant que la loi n'aurait pas fait son office ?

Or, telle n'a pas été la démarche du juge : D'abord, le juge a cru déceler une intention certaine des autorités constitutionnelles de consacrer le droit de grève avec une très large extension. De plus, le juge a constaté un changement notable dans les esprits et la pratique sociale. Il a peut-être aussi comparé les effets pratiques de la grève dans les divers secteurs de la vie nationale, il a constaté que l'interruption d'activités privées (la boulangerie par exemple) présente de bien plus graves dangers que l'arrêt provisoire de certaines activités prises en charge par l'administration. Mais il était impossible de reconnaître un droit de grève sans limites car les nécessités de l'action quotidienne du service public l'en ont empêché : Il a considéré indispensable d'opérer la conciliation « entre la défense des intérêts professionnels dont la grève constitue l'une des modalités et la sauvegarde de l'intérêt général auquel elle peut être de nature à porter atteinte ».

Cette démarche intellectuelle du juge semble vérifier l'analyse pénétrante du professeur Boulanger. « Le raisonnement d'où se tire la déci-

(7) *Ibidem*, p. 257.

sion ne subit la force contraignante de la logique qu'une fois que le juge a opté pour les propositions qu'il entend y inclure » (8). *Si l'intuition précède le raisonnement, il est très compréhensible que le juge se défie de la doctrine.* Sans doute, les positions de celle-ci sont-elles également fondées (de façon inconsciente quelquefois) sur des présupposés implicites et des intuitions initiales. Mais tout l'art de la doctrine consiste très souvent à « habiller » les intuitions, à systématiser en une organisation générale les présupposés originels.

C'est précisément pour cette première raison que ceux qui font la jurisprudence ont tendance à se défier des vues doctrinales. Romieu disait déjà aux candidats au concours d'entrée au Conseil d'Etat et aux jeunes auditeurs : « Revoyez des cours si vous voulez (sous-entendu faits par moi ou par Pichat à l'Ecole libre des Sciences politiques) *mais surtout pas de doctrine, vous auriez l'esprit faussé* ». Ni Romieu, ni Pichat n'avaient lu une ligne d'Hauriou ou de Duguit nous affirment MM. les Présidents Odent et Laroque (9). M. Laroque ajoute — détail insolite — que Pichat ignorait même jusqu'au nom de Duguit. A cette époque, il paraît qu'aucun des grands commissaires du gouvernement n'était abonné au Sirey. La bibliothèque du Conseil d'Etat ne s'y serait abonnée que tardivement... Les notes de jurisprudence n'étaient pas lues.

Dans cette perspective, il n'est pas étonnant que la candidature officieuse d'Hauriou au Conseil d'Etat ait été écartée (10). D'ailleurs, il faut préciser que selon certains les torts ne sont pas tous du côté du Palais Royal : La doctrine des Facultés de droit aurait eu l'habitude, dans sa grande majorité, d'ignorer ou tout au moins de ne pas connaître avec précision la jurisprudence la plus récente du Conseil d'Etat. MM. les Présidents Laroque et Odent, M. le Conseiller Barbet se souviennent avec scandale du professeur Jacquelin de la Faculté de droit de Paris dont le cours en 1925 encore était une litanie de réglementations mâtinée de quelques arrêts dont les plus récents dataient de 1895. *Encore faut-il être ici plus nuancé* : A cette époque, Jacquelin constituait une exception remarquable. Jèze ou Mestre (qui venait d'être nommé à la Faculté de droit de Paris) faisaient sans cesse référence à la jurisprudence dans toutes leurs constructions doctrinales. Il ne faut donc pas déduire abusivement de l'exemple de Jacquelin que le fossé qui séparait la rue Saint-Jacques du Palais-Royal était très profond.

La méfiance subsistait cependant, et on peut se demander si aujourd'hui encore le juge ne préfère pas demeurer à une certaine distance de la doctrine.

(8) BOULANGER, « Rapport à la Semaine internationale du droit », 1951.

(9) Pour Romieu, c'est sûrement inexact ! Voir article Rivero, précité, in *Mélanges Mestre* et section III de ce chapitre.

(10) Sur ce point, voir Introduction, section IV.

PARAGRAPHE 2

Les raisons avouées (et inavouées).

Le juge donne de son attitude un certain nombre de raisons.

1) D'abord, le juge doit rester impartial. « Le juge de droit public s'interdit rigoureusement de connaître non seulement de toute affaire où il a eu à intervenir administrativement sous quelque forme que ce soit (11) mais aussi de toutes celles où, pour une raison quelconque, il se trouve par rapport à la cause dans une position de nature à altérer la sérénité de son jugement » (12). Sans rester sourd aux exigences latentes de la société, le juge « ne devra pas s'aventurer à des anticipations hypothétiques sur le cours imprévisible des événements » (13). Enfin, les exigences mêmes de sa fonction le placent dans une situation spéciale « en faisant de lui non le desservant d'une doctrine particulière mais l'arbitre des oppositions dans le cadre du droit existant » (14).

De là sa défiance à l'égard de toute idéologie, d'où qu'elle vienne.

En quoi ces affirmations dont la légitimité ne saurait être contestée intéressent-elles les rapports de la doctrine et de la jurisprudence ?

En un sens, il serait inexact de reprocher aux auteurs des Facultés de droit — surtout aux auteurs contemporains souvent plus intéressés qu'auparavant par les solutions particulières à donner à tel ou tel problème — de défendre des solutions partisanses. *En effet, un même auteur est souvent sollicité à des fins de consultation par des groupements sociaux d'idéologies fort différentes.* Cependant, les professeurs sont plus libres que les juges : Ils peuvent dans leurs cours — c'est l'honneur de l'enseignement supérieur surtout en France — défendre franchement des positions qui leur sont personnelles ainsi que l'a reconnu clairement M. le Commissaire du Gouvernement Helbronner à l'occasion de l'affaire Bouteyre dans l'enseignement supérieur, « la nature de l'enseignement donné, le caractère des personnes auxquelles il s'adresse, dispense en principe l'Etat de prendre... la responsabilité des doctrines qui sont enseignées. Les auditeurs, les élèves sont ici en âge de juger... » (15). Les professeurs peuvent défendre à titre personnel des idées plus ou moins liées à des mouvements d'opinion : le juge en corps ne peut les reprendre à son compte. *De là, une des raisons des distances que le juge prend à l'égard du professeur.*

(11) A l'exception des textes ou questions dont les membres du Conseil d'Etat ont eu à connaître en Assemblée générale ou dans une section administrative.

(12) LATOURNERIE, article précité, p. 241.

(13) *Ibidem*, p. 250.

(14) *Ibidem*, p. 262.

(15) D. 1914.3.74, conclusions Helbronner, R.D.P., 1912.453, note Jèze, S. 1912.3.145, note Hauriou.

2) La deuxième raison est une raison de bonne politique jurisprudentielle en soi très louable : *Il est une stabilité juridique qu'il n'est pas bon de remettre en cause à chaque instant*, en écoutant avec trop d'attention telle doléance d'un maître, telle critique d'un autre. Cette raison n'est pas toujours avouée : elle n'en est pas moins profonde et explicative de la prudence du Conseil d'Etat lui-même qui avance à pas feutrés d'autant plus lents qu'il sait que son revirement est plus profond car si les modifications jurisprudentielles sont vraiment très profondes, la stabilité juridique en sortira très ébranlée; il faut la ménager.

De là une deuxième raison de défiance vis-à-vis de la doctrine dont le métier est d'être remuante, insatisfaite et inquiète.

3) Une troisième raison peut s'exprimer ainsi : *La doctrine, indispensable dans le cadre des juridictions judiciaires, apparaît assez inutile dans le cadre des juridictions administratives*. La doctrine peut jouer un rôle de pont entre la Cour de Cassation et les Cours d'appel : elle explique, elle éclaire les arrêts de la Cour Suprême. Par contre, le Conseil d'Etat envoie lui-même régulièrement aux tribunaux administratifs un fichier contenant les arrêts et leur interprétation. La doctrine est donc inutile.

Cet argument est-il convaincant ? Un fichier contenant des arrêts et de brèves notes d'interprétation peut-il remplacer la discussion doctrinale quelquefois stérile mais le plus souvent féconde par l'inquiétude qu'elle fait naître.

4) D'ailleurs — quatrième raison — la doctrine est souvent divisée. *Elle ne peut exercer d'influence valable que si sur tel ou tel point elle est unanime*. Mais alors les membres du Conseil ne seraient-ils pas enclins à juger fort dangereuse cette unanimité doctrinale qui prétendrait leur dicter une conduite ?

5) La cinquième raison repose sur la simple constatation de l'absence de contacts entre le professeur et le juge. *Ce n'est pas seulement le contact humain qui est ici visé mais le contact intellectuel*. Le contact intellectuel fait défaut car le temps fait défaut. *Auparavant le Commissaire du gouvernement était un demi-dieu, il est maintenant un « esclave », a écrit M. le Conseiller Hourticq.*

Aujourd'hui, le Commissaire du gouvernement est débordé. Il n'a plus le temps matériel de lire, d'approfondir ses connaissances. Sans doute, avec une conscience professionnelle bien connue, fait-il à l'occasion de telle affaire ou telle affaire des études monographiques en profondeur. Mais le temps lui manque pour prendre une conscience d'ensemble des problèmes actuels du droit administratif français. *Il est clair alors que la doctrine jugée, en particulier par les jeunes fort intéressante, est négligée au profit de tâches plus urgentes.*

Telles paraissent être les raisons avouées et inavouées de la distance séparant le Conseil des Facultés de droit.

Dans cette perspective, si un fossé existe entre la jurisprudence et la doctrine actuelles, comment n'existerait-il pas *a fortiori* entre la jurisprudence actuelle et la doctrine d'Hauriou datant de 35 ans ?

PARAGRAPHE 3

Les raisons particulières à Maurice Hauriou.

1) En premier lieu, il apparaît certain qu'un vieil auteur est moins lu qu'un auteur actuel. Les membres du Palais-Royal déjà enclins professionnellement aux analyses concrètes, disposent, on l'a vu, de peu de temps. A la rigueur, ils peuvent quelquefois prendre connaissance des analyses d'auteurs modernes immédiatement susceptibles d'utilisation. Il leur paraît clairement inutile de remonter aux ancêtres.

Il faut pourtant reconnaître que la diffusion de la pensée administrative d'Hauriou est beaucoup mieux assurée que celle d'autres auteurs : Les trois volumes de notes d'arrêts, classées systématiquement par M. André Hauriou constituent un instrument efficace et commode de diffusion. Une recherche dans les vieux Sirey est souvent irritante. Il suffit de posséder ces trois volumes pour retrouver toutes les notes d'arrêts de notre auteur. Mais cet instrument de diffusion connaît ses propres limites : Les notes d'arrêts sont toutes présentes mais ne sont pas dans leur majorité toujours actuelles car elles sont très souvent liées à l'espèce. On a tendance à croire que ce qui est moderne en Hauriou n'est presque pas contenu dans les notes d'arrêts (trop souvent concrètes et c'est là leur supériorité) mais dans les différentes éditions du Précis de droit administratif et dans les différentes recherches particulières des « Eléments du contentieux » à « Police juridique et fond du droit ». Ce point de vue nous paraît devoir être nuancé ainsi que tout notre ouvrage tente de le montrer. Mais cette croyance suffit à expliquer l'indifférence du Conseil.

2) Or, précisément, lesdites recherches et éditions du Précis séduisent moins les membres du Conseil. Ils les trouvent souvent obscures, encombrées de nuées métaphysiques. Et le dernier reproche est capital aux yeux d'un praticien.

Si bien que la diffusion de la pensée administrative d'Hauriou se fait très difficilement car :

— ou bien il s'agit de notes d'arrêts qui par leur vie, leur humour et le goût de l'analyse juridique qu'elles révèlent séduisent particulièrement les membres du Conseil. De ce point de vue, Hauriou est certainement privilégié. Sa méthode très inductive qui consistait à remonter du fait concret à la théorie était aux antipodes de celle de Jèze qui plaquait sur les faits sa propre conception du droit : *Il est*

certain que la méthode d'Hauriou était plus proche des habitudes intellectuelles du Conseil que celle d'un Jèze (16).

Mais dans ce cas, le goût même du concret risque de faire apparaître comme dépassées bon nombre d'analyses;

— ou bien il s'agit des éditions du Précis et des recherches particulières dans tel et tel domaine. Alors les juges se méfient — à tort — des nuées métaphysiques. Sans doute, en réalité, les analyses d'Hauriou restent-elles très concrètes et souvent modernes comme nous avons tenté de le montrer (17). Mais certaines obscurités de langage rebutent le lecteur et en particulier le juge.

Dans ce cas, la modernité est certaine mais elle n'est pas évidente aux yeux d'un lecteur — le juge — avide de renseignements et d'analyses susceptibles d'une utilisation immédiate (18).

Les raisons se cumulent et sont explicatives de ce fait simple et brutal : Le juge ne lit plus Maurice Hauriou.

3) *L'a-t-il lu au moins lorsqu'aux alentours des années 1930, il était étudiant et préparait le concours spécial d'entrée au Conseil d'Etat ?* Sans doute. Mais le fait est que tout se passe comme si le juge avait oublié le jeune étudiant de jadis. Un exemple très caractéristique de ce phénomène peut en être donné par la lecture des conclusions de M. le Commissaire du gouvernement, aujourd'hui conseiller Delvolvé. M. Delvolvé fit toutes ses études à Toulouse, connut Maurice Hauriou, élaborait une remarquable thèse sur « Les délégations de matières en droit public », thème appartenant au Doyen de Toulouse. Son président de thèse fut M. André Hauriou.

Or, la lecture de ses conclusions est très révélatrice : de temps en temps, comme tous les autres commissaires du gouvernement, il cite Hauriou, comme il cite Duguit ou Jèze. Mais on ne retrouve aucune analyse d'origine spécifiquement toulousaine.

Tout se passe comme si le Conseil d'Etat en corps « digérait » toutes les analyses doctrinales pour en faire une matière première, un chyle utilisable sans danger par sa section du contentieux et les différentes sous-sections.

Si on ne peut déceler dans les conclusions de M. Delvolvé, ancien Toulousain, une influence particulière et nettement sensible de Maurice Hauriou, comment pourrait-on la déceler dans d'autres conclusions ?

(16) Voir « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », article Latournerie, précité.

(17) Voir chapitre I de cette partie et chapitre II de la deuxième partie.

(18) Nous opposons sommairement les notes d'arrêts concrètes mais dépassées aux autres écrits en apparence plus brumeux mais modernes. Cette opposition ne vaut que d'un point de vue pédagogique. Il est évident que de nombreuses notes d'arrêts sont encore modernes et de nombreux écrits tout à fait dépassés. Nous voulons seulement dire qu'en moyenne les notes d'arrêts sont plus dépassées que les autres écrits.

4) Enfin, certains estiment que peut-être en son temps, Maurice Hauriou a pu exercer une certaine influence sur la jurisprudence *mais qu'aujourd'hui il ne saurait en exercer aucune car s'il n'est pas toujours dépassé sur le plan technique, il l'est sur le plan politique. Maurice Hauriou serait « un réactionnaire ». Le grand mot est lâché.* Hostile au droit de grève, au syndicalisme dans la fonction publique, au théâtre « qui excite les passions de l'amour », cet auteur n'est plus adapté au temps présent. Or, nous croyons avoir montré que Maurice Hauriou n'était pas un réactionnaire, mais un conservateur libéral sur le plan politique, comprenant (avec une certaine répugnance mais aussi avec un grand réalisme) « qu'on nous change notre état » et « que nous allons à un régime administratif socialisant ». Son réalisme l'empêchait de défendre des positions réactionnaires. D'ailleurs, est-on vraiment réactionnaire aujourd'hui lorsqu'on tente d'éviter certains abus de l'exercice du droit de grève dans les services publics ? Un régime socialiste l'admettrait-il ? Il est permis d'en douter. Quant à la répugnance « pour les passions de l'amour » qui apparaît aujourd'hui très dépassée, il est difficile d'en faire le centre et la clef de la pensée administrative de Maurice Hauriou...

En réalité, ce conservateur intelligent qui a toujours tenté de limiter la puissance publique ne mérite à aucun titre le qualificatif de « réactionnaire ».

Il n'en reste pas moins que certains le croient réactionnaire et cette croyance contribue à expliquer la défiance à l'égard de cet auteur.

A tous les arguments explicatifs de la distance séparant la jurisprudence et la doctrine, Maurice Hauriou, en particulier, il faut opposer la thèse de M. Rivero.

SECTION II

LA REPLIQUE DE M. RIVERO

M. Rivero a pu dégager une philosophie des rapports du juge et du professeur qui reflète de façon plus nuancée la réalité de leurs relations (§ 1). Mais cette philosophie, valable au niveau d'étude où elle se place, n'a malheureusement aucune influence sur nos recherches (§ 2).

PARAGRAPHE I

La thèse de M. Rivero.

Dans un article de 1955, M. Rivero nous semble faire la somme de ce qui peut être dit sur le problème (19).

(19) E.D.C.E., 1955. « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », p. 27.

La doctrine et la jurisprudence doivent entrer dans un dialogue toujours plus poussé et d'ailleurs historiquement aucune opposition n'a jamais existé : Tel est le thème de l'article de M. Rivero.

Les juges sont souvent enseignants et auteurs : Macarel Cormenin, Vivien, Boucherie-Lefer, Aucoc, Laferrière, autant de grands noms de juges devenus enseignants et auteurs. De plus, « la doctrine jurisprudentielle » des commissaires du gouvernement est très achevée. « Il arrive fréquemment, lorsque Hauriou commente un arrêt dont les conclusions portent la signature d'un Romieu ou d'un Teissier, qu'il renvoie purement et simplement à ces conclusions, se réservant seulement quelques-unes de ces échappées, en marge de l'arrêt où son génie donnait sa mesure; l'œuvre doctrinale étant faite, à quoi bon la reprendre ? » *Mais le cœur du problème est ailleurs* : Y a-t-il deux attitudes d'esprit incommunicables, l'attitude doctrinale, l'attitude jurisprudentielle ? *Le juge est-il condamné à l'empirisme et le professeur au dogmatisme ?* M. Rivero répond à cette question par la négative.

Ainsi qu'il le dit, M. Rivero se couvre de l'autorité de Laferrière qui, dans son admirable introduction du Traité de la juridiction administrative, affirme : « Il est vrai que le Conseil d'Etat n'a pas l'habitude d'exposer dans ses arrêts toutes les déductions juridiques qui motivent ces déductions; mais ces déductions n'en existent pas moins... Elles ont pour base des principes traditionnels écrits et non écrits qui sont en quelque sorte inhérents à notre droit public... *Il faut qu'il se dégage de la jurisprudence un courant de doctrine assez puissant et assez régulier pour qu'on sente son influence dans chaque décision particulière* ». M. Rivero ne manque pas de souligner cette dernière formule qui réconcilie jusque dans les mots jurisprudence et doctrine (20).

De plus, « les professionnels de la doctrine » que sont les professeurs des Facultés de droit ont reçu le plus souvent avant l'agrégation la formation pratique par des travaux ou un stage auprès d'un avocat au Conseil d'Etat. D'ailleurs, « Faut-il rappeler tant de commissions au sein desquelles ils sont appelés à siéger et qui doublent pour nombre d'entre eux la fonction enseignant d'une fonction consultative ?... Faut-il mettre en avant l'esprit général des disciplines du droit public en France ? Un Hauriou, un Duguit ne se voulurent point juristes purs mais sociologues, et leurs successeurs actuels, par la voie de la science politique, retrouvent le même souci des complexités du réel » (21).

L'influence des uns sur les autres est certaine : Il est clair que Laferrière, auteur de la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion, a influencé un moment Hauriou qui a ensuite opposé, en partant de la première distinction, gestion publique et gestion privée. De même, les juges sont d'anciens étudiants formés en partie par des

(20) *Ibidem*, p. 29.

(21) *Ibidem*, p. 34.

maîtres des Facultés de droit. *Il est impossible qu'ils aient complètement oublié les méthodes générales des Facultés de droit telles qu'elles leur ont été jadis enseignées.*

Et M. Rivero conclut par une formule qui a fait fortune depuis lors : « Dans la mesure où l'œuvre demeure, comme toute œuvre humaine condamnée à un perpétuel inachèvement, à un perpétuel recommencement, peut-être n'est-il pas inutile que ceux qui l'assument en commun prennent une exacte conscience du mutuel soutien qu'ils se sont prêtés au long de cent cinquante années afin que — duo ou chœur à deux voix, peu importe l'image — se poursuive sans dissonance et porte des fruits nouveaux le dialogue de la jurisprudence et de la doctrine ».

PARAGRAPHE 2

L'application de cette thèse à nos recherches.

On ne peut qu'approuver *intégralement* toutes ces analyses faites de nuances et du souci de s'adapter aux rapports très fluides du juge et du professeur, du juge et du théoricien. Ces analyses nous semblent très exactes. *Elles n'ont cependant aucune influence sur notre recherche.* Leur optimisme, valable dans le cadre général de cette philosophie des rapports entre la jurisprudence et la doctrine, n'est pas adapté au problème précis qui nous préoccupe.

En effet, il ne s'agit pas pour nous de dégager *généralement* une influence doctrinale sur la jurisprudence mais de montrer *de façon très précise* comment sur tel ou tel point un auteur a pu influencer le Conseil d'Etat en tel ou tel arrêt. M. Rivero a d'ailleurs eu conscience de la difficulté : « Peut-on dans l'élaboration du droit administratif français, déterminer la part qui revient à la jurisprudence et la part de la doctrine ? La recherche est difficile dans la mesure où les cheminements de la pensée ne laissent pas de trace après eux ; qui pourra dire à quelle note lue au hasard des recueils répond telle phrase d'un commissaire du gouvernement... Seulement cette tâche dépasserait les limites d'un article et les forces d'un seul homme ; au point de départ, elle supposerait la connaissance de toute la doctrine, le dépouillement de toute la jurisprudence ; encore ne serait-ce qu'une base de travail... » (22).

De plus, ainsi qu'on le verra dans la section III de ce chapitre, peut-on distinguer de façon nette, rigoureuse, convaincante, l'influence de Maurice Hauriou sur tel arrêt ? Le plus souvent, ne s'agit-il pas d'influences combinées de plusieurs auteurs. « Contribution à un patri-moine commun... » a dit M. de Laubadère (23). Cette formule féconde

(22) *Ibidem*, p. 127.

(23) Contribution précitée au Congrès Duguit.

est peut-être plus vraie encore de l'influence d'un auteur sur la jurisprudence. L'influence d'un auteur sur la doctrine peut plus facilement se mesurer : *Les auteurs ne cachent pas leurs préférences. On connaît d'ailleurs leurs maîtres, ceux qui leur donnèrent les clefs des matières où ils excellent aujourd'hui. Comment M. Rivero pourrait-il nier en bloc les thèses de Maurice Hauriou alors que le premier disciple du Doyen de Toulouse, Achille Mestre, présida son jury de thèse ?*

Par contre, l'influence d'un auteur sur la jurisprudence ne peut que très difficilement être isolée. C'est ce que nous tenterons de montrer dans une section III.

SECTION III

LES RARES CAS D'INFLUENCE CERTAINE

Nous avons dépouillé un très grand nombre de conclusions prononcées par les commissaires du gouvernement contemporains d'Hauriou ou postérieurs. Hauriou est quelquefois cité mais avec d'autres auteurs. D'ailleurs, tous les auteurs sont cités par courtoisie et sans que ces références constituent le témoignage d'une influence particulière sur la marche du raisonnement. Très rares sont les exemples où la référence à un auteur ou un groupe d'auteurs constitue la clef de la démonstration.

Ceci est vrai de Maurice Hauriou comme de tout autre maître.

On ne peut guère trouver que deux exemples assez convaincants :

- L'avènement de la notion de service public (§ 1) ;
- La nature juridique de la concession de service public (§ 2).

PARAGRAPHE 1

Maurice Hauriou et l'avènement de la notion de service public.

M. le Professeur Rivero a démontré, dans son article précité (24), que Maurice Hauriou avait été le premier défenseur de la notion de service public. *Nous avons tenté de confirmer cette analyse en la nuancant en deux points :*

— D'abord, l'attachement d'Hauriou à la notion de service public ne semble pas dater, comme l'a dit M. Rivero, de 1899, mais de 1892.

— Ensuite, il ne s'agit pas « d'un autre Hauriou » défenseur momentané de la notion de service public, mais du même Hauriou, simultanément attaché à un complexe inséparable de puissance publique et

(24) Mélanges Mestre, 1956, p. 461.

de service public, faisant primer l'une ou l'autre de ces notions selon les périodes, mais les considérant toutes deux comme deux notions maîtresses du droit administratif français (25).

Mais ces deux nuances n'enlèvent rien à la découverte fondamentale de M. Rivero.

Or, celui-ci a, de plus, démontré de façon rigoureuse que Maurice Hauriou, premier défenseur de la notion, influence de façon décisive le grand Romieu qui, par ses conclusions de 1903 sur l'affaire Tessier précitée, a provoqué un important revirement de jurisprudence.

Sans doute, « l'analogie entre l'œuvre de 1899 (« la gestion administrative ») et la solution consacrée par l'arrêt Tessier ne suffit pas à permettre d'affirmer de l'une à l'autre un rapport de causalité; d'ailleurs l'existence de tels rapports est difficile à établir, car les cheminelements d'une pensée ne laissent guère de trace » (26). M. Rivero estime pourtant que, dans ce cas précis, la preuve est facile et qu'il existe bien un lien de filiation directe entre la solution de l'arrêt Tessier et l'avènement doctrinal de la notion de service public. *Et il montre de façon rigoureuse que les conclusions du commissaire du gouvernement Romieu sont directement issues de l'œuvre d'Hauriou.*

En quoi consiste cette démonstration ?

D'abord, le simple rapprochement des textes lui paraît créer à lui seul une forte présomption : Même critique de la notion de gestion telle que l'entendait Laferrière; mêmes affirmations touchant le caractère dérogatoire du droit commun, en principe des actes par lesquels s'exécutent les services publics; la compétence administrative est étendue par Hauriou « à tous les faits qui se rattachent à l'exemption d'un service public », par Romieu « à toutes les actions fondées sur l'exécution, l'inexécution ou la mauvaise gestion d'un service public » et les réserves sont les mêmes : compétence judiciaire pour tous les cas de gestion privée, selon Hauriou, pour ceux où « l'administration doit être réputée agir dans les mêmes conditions qu'un simple particulier » selon Romieu.

Mais M. Rivero ne se contente pas de ces présomptions. Il s'objecte à lui-même qu'il est fréquent que la même idée apparaisse en même temps à deux esprits adonnés à la même recherche. N'y aurait-il point eu là parallélisme dans l'évolution de deux grands juristes sur le même problème ? En effet, le Conseil d'Etat du Second Empire avait déjà pressenti le grand rôle que le service public pourrait jouer (27). Mais Romieu, dans ses conclusions, ne fait pas état de cette source possible : « Au contraire, il a, par un rappel discret mais précis, tenu à donner ses références doctrinales... en s'appropriant la distinction entre ce qu'on a proposé d'appeler la gestion publique et la gestion privée des services publics ». Romieu marque un lien qu'il est impossible de contester, « on » c'est Hauriou et ce ne peut être que

(25) Voir première partie, chapitre II, section II.

(26) Article précité, p. 469.

(27) Aucoc témoigne de ce pressentiment. Conférences, tome I, 1885, p. 485.

lui seul; gestion publique, gestion privée, c'est la pensée et la terminologie de l'ouvrage de 1899 » (28).

Vainement objecterait-on ici à la thèse de M. Rivero que Romieu aurait pu et dû dans cette perspective citer Maurice Hauriou. Mais pour les initiés qui connaissent un certain climat de défiance du Conseil d'Etat vis-à-vis de la doctrine, cette discrétion est très explicable. On peut en donner un exemple assez convaincant : M. Braibant, dans une de ses conclusions, a défendu l'analyse d'un auteur des Facultés de droit contre celle de Romieu. Mal lui en a pris : Le Conseil d'Etat a confirmé l'analyse de Romieu (29).

Romieu avait donc raison de demeurer discret. Il a d'autant moins voulu heurter le juge que le revirement proposé était radical. Au surplus, Romieu fait très exactement référence aux termes et à la pensée même du grand Doyen de Toulouse. Aucun doute n'est possible.

On peut encore confirmer l'analyse de M. Rivero d'une autre façon. Romieu, dont le rayonnement sur ses collègues était très grand, a influencé en particulier le commissaire du gouvernement Corneille qui, dans ses conclusions sur l'affaire Astruc précitée, a rappelé la définition du service public que donnait Hauriou : « C'est un service technique rendu au public par une organisation publique d'une façon régulière et continue pour la satisfaction d'un besoin public ». *Il était donc de bon ton dans les premières années de ce siècle de citer Hauriou chaque fois que la notion de service public était en cause, ce qui confirme encore. s'il en était besoin, que le Doyen de Toulouse apparut à tous momentanément défenseur du service public.*

C'est le premier exemple et longtemps le seul que la doctrine a donné de l'influence de Maurice Hauriou sur la jurisprudence. Nous avons tenté d'en trouver d'autres.

Mais la moisson est bien pauvre.

PARAGRAPHE 2

La nature juridique de la concession de service public.

Maurice Hauriou a certainement influencé la jurisprudence en ce qui concerne la nature juridique de la concession de service public. Mais cet exemple d'influence est beaucoup moins pur que les précédents ainsi que nous le montre M. le Professeur de Laubadère dans sa contribution précitée au Congrès Duguit : « Sur le problème de la nature juridique de la concession de service public, il apparaît que la conception moderne qui voit dans la concession un acte mixte, mi-

(28) Article précité, p. 470.

(29) Conclusions Braibant sous société coopérative « Prospérité fermière », R.D.P., 1963, p. 584.

réglementaire, mi-contractuel, nous vient à la fois de Duguit et d'Hauriou et qu'elle a du reste été consacrée dans un arrêt célèbre dans lequel les deux maîtres ont poussé la coopération jusqu'à être l'un le requérant, l'autre l'annotateur de l'arrêt » (30).

On a déjà vu en effet (31) que la concession acte mixte peut être comprise de deux manières :

— soit que l'on attribue le caractère réglementaire à certaines des clauses de la concession et le caractère contractuel aux autres;

— soit que l'on attribue une nature contractuelle à toutes les clauses dans les relations du concédant et du concessionnaire en leur reconnaissant au contraire une nature réglementaire au regard des usagers.

La première conception appartenait à Duguit, la seconde à Hauriou (32).

Or, il est remarquable que ces deux conceptions ont été successivement défendues par MM. les Commissaires du gouvernement Odent et Letourneur en leurs conclusions. Dans ces conclusions sur une affaire Compagnie générale des Eaux, *M. Odent* a affirmé que le cahier des charges n'est contractuel que dans la mesure où il fixe les rapports financiers entre le concédant et le concessionnaire « mais il a un caractère réglementaire pour tout ce qui concerne le fonctionnement du service public ou organisation matérielle et technique, les prestations qu'il doit fournir au public et le tarif des redevances diverses qu'est autorisé à percevoir le concessionnaire, c'est-à-dire en définitive, dans presque tous les rapports qui existent entre le concessionnaire et les usagers dont la satisfaction des besoins collectifs est l'objet même du service public (33). Il semble bien qu'implicitement mais nécessairement l'arrêt ait confirmé l'analyse du Commissaire du gouvernement au moins dans sa généralité : la nature mixte de la concession de service public.

La deuxième conception, celle de Duguit, a été défendue par M. le Commissaire du gouvernement Letourneur en ses conclusions sur l'affaire Société du Journal « L'Aurore » (34). *M. Letourneur* affirme : « Nous devons rappeler que si dans les rapports entre le concédant et le concessionnaire, le cahier des charges est un contrat, il a au contraire valeur de règlement à l'égard des usagers, notamment dans ses dispositions comportant fixation de tarifs maximum : en raison de ce caractère réglementaire des clauses ou tout au moins de certaines d'entre elles, vous pouvez apprécier non seulement la légalité de l'acte administratif portant approbation, mais encore directement la légalité desdites clauses ».

(30) C.E., 21 décembre 1906, Syndicat du quartier Croix de Seguey Tivoli, S. 1907.3.33, note Hauriou, extrait de Congrès Duguit, p. 178.

(31) Troisième partie, chapitre I, section II, sous-section IV.

(32) Voir référence précédente.

(33) C.E., 5 mars 1943, D. 1944.J., p. 121, note

(34) C.E., 25 juin 1948, D. 1948, S. III, p. 69.

Et l'arrêt semble confirmer l'analyse globale du commissaire du gouvernement. Ici encore la concession de service public est conçue comme un acte mixte et la trace de l'influence de Duguit est aussi décelable que l'était celle de l'influence d'Hauriou.

Mais cet exemple n'est pas aussi rigoureux que l'exemple de l'avènement de la notion de service public.

— *D'abord*, ce n'est pas la seule analyse d'Hauriou qui entraîne l'adhésion de la jurisprudence.

Peu importe les différences de démarche : Duguit et Hauriou concluent tous deux à une nature mixte de la concession de service public.

— *Ensuite*, il n'est pas certain que M. Letourneur se soit directement inspiré de Duguit et que M. Odent — qui nous a affirmé n'avoir pas beaucoup lu Hauriou — se soit directement inspiré du Doyen de Toulouse. Il est seulement probable que les deux commissaires du gouvernement aient seulement puisé leurs sources dans des œuvres d'intermédiaires. Ainsi M. Letourneur cite-t-il la jurisprudence constante du Conseil d'Etat et l'ouvrage de M. le Président Laroque directement influencé par l'Ecole de Duguit sur ce point (35).

Cet exemple n'est donc pas absolument convaincant. Pourquoi l'avons-nous inclus dans nos développements alors que notre conception très restrictive de la notion d'influence aurait dû l'en écarter ?

Deux raisons peuvent en être données :

— En premier lieu, cet exemple est très révélateur des difficultés pratiques que nous avons rencontrées. La combinaison incessante des divers courants doctrinaux au sein de la jurisprudence empêche une analyse parfaitement claire et sereine.

— En second lieu, on peut affirmer logiquement que si pour certaines analyses générales (le service public par exemple) la conception extensive est très dangereuse car ne permettant aucun contrôle, *en l'espèce, son utilisation est possible sans grands dangers en raison du caractère très précis des deux conceptions*. Seuls ces deux auteurs, Duguit et Hauriou, ont inventé ces deux conceptions. Peut-être M. Odent et M. Letourneur ne se sont-ils pas directement inspirés d'eux. Au moins, par des intermédiaires (décelables pour la conception de Duguit, et non décelables pour celle d'Hauriou), les deux commissaires du gouvernement ont-ils défendu deux analyses dont la paternité remonte de toute évidence aux deux Doyens et en particulier l'une d'elle à celui seul qui nous intéresse ici, Maurice Hauriou.

(35) C.E., 19 octobre 1934, Usagers de Saint-Omer, T.C., 20 mars 1943, Société béthunoise d'éclairage et d'énergie ; C.E., 25 février 1947, Ville de Lisieux approuvé par la doctrine Laroque, Thèse « Les usagers des services publics », p. 22. Voir également Waline, note au D.P., 1938, p. 18.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

Les difficultés étaient trop fortes, le fossé trop profond. La philosophie féconde des rapports de la doctrine et de la jurisprudence qui se dégage de l'analyse précitée de M. Rivero ne nous sert pas dans notre recherche particulière. Logiquement, M. Rivero a raison de montrer que doctrine et jurisprudence ne peuvent se passer l'une de l'autre. Bien plus, historiquement et en longue période, il a raison de montrer que la doctrine, par les tentatives renouvelées de classification et de systématisation des concepts ne peut qu'influencer la jurisprudence. Au niveau très global, ses vues sont exactes et ne peuvent que l'être : Il reste toujours quelque chose, même si le juge n'en a pas conscience, de l'analyse pénétrante de tel ou tel maître.

Mais au niveau de l'analyse particulière, c'est-à-dire au niveau d'étude de l'influence particulière de l'analyse de tel auteur sur telle jurisprudence, il faut changer semble-t-il de système d'explication. Pour les différentes raisons systématisées dans la première section de chapitre, la jurisprudence est rarement influencée par l'effort particulier de tel ou tel maître. Et la constatation est d'autant plus évidente s'il s'agit d'un maître des Facultés de droit.

CONCLUSION DE LA TROISIEME PARTIE

Autant les influences de notre auteur sur la doctrine se sont révélées évidentes, nombreuses et fécondes, autant les influences sur la jurisprudence peuvent décevoir à la fois le chercheur et le lecteur.

On aurait pu logiquement espérer dans un premier temps que Maurice Hauriou, en raison de son goût du concret, tel qu'il s'exprimait en particulier dans les notes d'arrêts, serait mieux apprécié et connu du Conseil d'Etat. En effet, la pensée de Maurice Hauriou plus qu'aucune autre est très proche de la démarche intellectuelle du juge. En réalité, on a vu qu'il n'en était rien.

En sens inverse, sa très grande souplesse d'analyse, l'obscurité souvent grande de son langage ne prédisposent pas Maurice Hauriou à la qualification de fondateur d'Ecole juridique. Il est facile d'être disciple de Duguit; les vastes avenues tirées au cordeau, les arbres plantés à intervalles très réguliers, les intersections géométriques et toute la cohérence apparente qui caractérisent l'œuvre du Doyen de Bordeaux, autant de signes qui prédisposaient cette œuvre à fonder une Ecole.

Or, on s'est aperçu que si l'Ecole de Duguit constitue une évidence, *l'Ecole d'Hauriou n'est pas moins réelle.* Il ne s'agit pas d'une école fermée, d'une église avec ses fidèles et ses prêtres, sa hiérarchie et son décorum, mais d'une Ecole très ouverte où chacun puise selon les moments et les occasions son inspiration, quitte à entrer en désaccord avec l'auteur sur tel ou tel point. Comment concilier cette constatation avec la découverte (36) d'un système très cohérent.

Si une œuvre est vraiment très cohérente, les commentateurs doivent vraiment l'accepter ou la refuser en bloc. La contradiction semble évidente. En réalité, il n'en est rien : Le système d'interprétation de Maurice Hauriou est un système très ouvert et très souple. Il n'utilise jamais systématiquement telle méthode dans certains cas et telle autre dans d'autres cas. Il combine sans cesse les différentes méthodes pour se rapprocher le plus possible des nuances du réel. *Cette souplesse même permet aux auteurs ultérieurs un choix dans leurs préférences, dans les sources de leurs inspirations.*

(36) Exposée en deuxième partie.

Par ailleurs, si les auteurs influencés par Hauriou approuvent quelques analyses tout en refusant de reconnaître le bien-fondé de certaines autres, ils n'en acceptent pas moins l'esprit général de l'œuvre, son pluralisme d'approches, son ouverture à la société de son temps et du nôtre.

L'exemple de M. Vedel est très démonstratif : Cet auteur utilise et développe de nombreux thèmes de Maurice Hauriou. Pourtant sur un point — la conception formelle de la hiérarchie des normes juridiques (37) — il entre en conflit avec notre auteur. Mais ce conflit est limité. M. Vedel est loin d'être en état de guerre froide avec l'œuvre de Maurice Hauriou : il en approuve la conception générale du droit (le fonctionnalisme), le pluralisme de méthodes (et en particulier l'utilisation des méthodes historiques et sociologiques). Il « sent » l'œuvre du Doyen de Toulouse. Le raisonnement pourrait être étendu à d'autres : Achille Mestre ou M. le Professeur Jean Rivero par exemple.

Il est donc possible d'affirmer en même temps que l'œuvre d'Hauriou est cohérente et qu'elle peut exercer une influence non totale, non exclusive, conformément au génie souple de son auteur. La contradiction n'était que logiquement apparente. Elle ne l'est pas en pratique. *Défions-nous une fois de plus d'une certaine logique stérilisante.*

C'est précisément ce type de constatation méthodologique que nous entendrons développer dans la conclusion générale. Maurice Hauriou n'est pas seulement auteur moderne par les nombreuses solutions qu'il préconisait. Cet auteur est aussi très moderne par ses méthodes.

(37) Voir « Les bases constitutionnelles du droit administratif », E.D.C.E., 1954.

CONCLUSION GENERALE

Il n'est pas question, dans ce cadre final de nos développements, d'exposer à nouveau, fût-ce de façon sommaire, tous les résultats de nos recherches. Il nous a paru cependant nécessaire de rappeler en les rassemblant ici quelques principaux éléments de nos développements afin de tenter de leur donner leur pleine signification.

Nous tenterons donc seulement ici de tirer des enseignements plus synthétiques des méthodes par lesquelles nous avons abordé la difficile pensée de Maurice Hauriou.

PARAGRAPHE UNIQUE

Pour un développement de l'histoire des doctrines administratives.

Aujourd'hui, dans les Facultés de droit, la multiplication des chaires et des enseignements constitue une donnée d'évidence. Certaines sciences humaines, comme la science politique ou la science économique, certains problèmes nouveaux qui s'offrent au champ de la recherche, comme les problèmes européens, profitent de cette manne distribuée finalement avec peu de parcimonie.

On ne songe pourtant pas à créer un enseignement d'histoire des doctrines administratives. Les « non-administrativistes » n'y songeront sûrement pas. Les « administrativistes » n'y songent pas encore. Ils considèrent, implicitement mais nécessairement, que le droit administratif, dont l'enseignement couvre maintenant trois années de licence, est à une place d'honneur. Comme il est loin le temps où le jeune Maurice Hauriou acceptait en maugréant la chaire de droit administratif dont personne ne voulait !

Pourtant, nous croyons que tout l'effort des trois années d'enseignement de licence est encore insuffisant. L'étudiant moyen de licence connaît en fin de licence quelques bribes de droit administratif.

L'étudiant connaîtra sommairement les éléments de la notion de travail public, de contrat administratif de service public, saura l'uti-

lité du recours pour excès de pouvoir et le fonctionnement des juridictions administratives. *Mais il opérera rarement dans son esprit les liaisons profondes des différentes théories.* Il n'aura jamais une vision totale (même sommaire) du droit administratif. Il ne liera pas celui-ci à la discipline du droit constitutionnel à une autre conception plus générale du monde. Il ne se rendra jamais compte que notre système administratif relève d'un certain type de sociétés occidentales, à mi-chemin entre le vieux jacobinisme centralisateur et une conception de la vie administrative plus ouverte et plus concrète, à mi-chemin entre 1789 et l'administration anglo-saxonne. *La philosophie du droit administratif lui échappera totalement. Et le phénomène ne peut aujourd'hui qu'être aggravé par la conception dominante chez des auteurs qui entendent se réjouir d'une « technicisation » plus poussée des problèmes : On se méfie à juste titre de certaines conceptions trop générales qui masquent mal, trop souvent, des idéologies abstraites « plaquées sur du vivant » (38).*

Or, le droit administratif constitue sûrement une science et une technique fort difficiles, complexes, quelquefois déroutantes pour les non-initiés et même pour les meilleurs spécialistes : Quel auteur aurait pu prévoir le déroutant arrêt du Tribunal des Conflits du 8 juillet 1963 « Société autoroute de l'Estérel » ? Quel auteur aurait pu imaginer qu'un contrat entre personnes privées put être qualifié de contrat administratif ?

Tous s'accordent pour dire que notre droit administratif subit une crise ou plusieurs crises superposées. L'étudiant risque de se perdre et le spécialiste d'oublier les notions premières. *Le seul moyen de dominer intellectuellement le désordre consiste à prendre sur lui une certaine distance.* Dans cette perspective, quel merveilleux instrument de travail nous est fourni par l'histoire des doctrines administratives ! Une histoire qui couvrirait le XIX^e et le XX^e siècle — et qui reste à écrire — nous permettrait à tous d'apprécier avec sérénité certains remous actuels qui constituent la matière essentielle des réflexions. Les connaissances approfondies des difficultés doctrinales vécues par Macarel, Cormenin, de Gérando, Vivien, Aucoc, Laferrière, et pour notre siècle Hauriou, Duguit, Michoud, Berthélémy, nous permettront d'insérer les efforts, victoires relatives et échecs patents de maints auteurs modernes, dans l'histoire des efforts de leurs devanciers. *La compréhension intime d'un problème ne peut s'opérer qu'en insérant ce problème dans la perspective de sa propre histoire.* La compréhension intime d'une science et d'une technique — en l'occurrence le droit administratif — ne peut s'opérer qu'en insérant cette science et cette technique dans l'histoire de leur développement. *Toute connaissance en science humaine passe par la méthode historique.* Il existe une chaire d'histoire des idées politiques. Il faut créer au plus tôt, en licence ou

(38) Vieille expression chère à Bergson.

tout au moins en doctorat, une chaire d'histoire des doctrines administratives, champ immense de recherche pratiquement inexploré.

Nous entendons justement mettre au service de cette nouvelle discipline quelques remarques sommaires de méthode qui se dégagent d'ailleurs naturellement des développements de cet ouvrage.

a) *En premier lieu*, il faut tenter de replacer les analyses techniques les plus particulières d'un auteur dans sa vision totale du droit public et plus généralement encore de la société qui l'entoure. Dans certains cas, les « Weltanschauung » sont avouées : Il est alors relativement facile de retrouver la trame générale d'une pensée. Maurice Hauriou fait partie de ce premier type d'auteurs. Les difficultés de l'approche de sa pensée ne résidaient pas dans son absence de conception globale de la société mais dans l'apparente incohérence et l'apparent chaos de toutes ses analyses. Son langage souvent obscur et la souplesse — peut-être abusive — de certains développements permettaient tous les contresens. Cependant, si l'analyse de l'œuvre d'Hauriou a été possible (39), *a fortiori* le sera-t-elle pour d'autres auteurs, Duguit par exemple, dont la cohérence est beaucoup plus apparente.

Mais d'autres auteurs, dans le courant du XIX^e siècle (Vivien ou Macarel par exemple), n'avouent pas leur conception générale du monde. Il faudra alors la retrouver, avec patience et minutie, en rassemblant tout un faisceau d'indices et de présomptions. La même démarche devra être suivie pour l'analyse de la pensée de bien des auteurs modernes qui refusent d'avouer leurs différents présupposés et prônent une méfiance méthodique à l'égard de toute idéologie. *Ne font-ils pas, eux aussi, partie, quoiqu'ils s'en défendent parfois, des courants de leur temps ?*

b) *En deuxième lieu, précisément, les courants du temps ne doivent pas être ignorés sous un autre angle* : Il faut sans cesse rapporter un auteur à son temps, aux difficultés de la réflexion de son temps, aux balbutiements de la jurisprudence de son temps, au conservatisme de son temps ! Une des appréciations les plus inconsidérées qui ait été faite à propos d'Hauriou consiste à le définir comme un réactionnaire. Si on rapporte sa pensée à notre temps, il est clair que, par exemple, son hostilité à la grève et au syndicalisme des fonctionnaires constitue une attitude réactionnaire (et anachronique, comme toutes les attitudes réactionnaires). Mais, de son temps, à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e, cette hostilité était partagée par la majorité de ses contemporains. Tout au plus, peut-on dire qu'en l'espèce, il a, contrairement à son habitude, manqué de prescience. Cette relativisation de la pensée d'un auteur à son temps est une démarche élémentaire de tout historien des idées. Mais il convenait particulièrement de la rappeler ici car les spécialistes sont trop souvent tentés de penser que le droit administratif est une technique pure, détachée des évolutions profondes de la société. *Cette idée est rarement avouée. Elle n'en im-*

(39) Nous n'en sommes pas juges.

prègne pas moins une partie de la pensée administrative française. L'histoire des doctrines administratives ainsi entendue permettra d'échapper à ce danger.

c) *En troisième lieu, la connaissance intime de la pensée d'un auteur ne peut s'acquérir que par l'étude évolutive de toutes ses erreurs, de toutes ses hésitations et de ses succès partiels. Nous n'avons pu tenter de comprendre Maurice Hauriou que par l'analyse comparée des onze éditions de son Précis de droit administratif et de ses différents articles et travaux de 1879 à 1929.*

A cet égard, nous paraît très condamnable la méthode qui consiste à choisir une édition particulière où la pensée d'un auteur s'est figée et cristallisée et à prétendre en déduire des conséquences très générales.

d) *En quatrième lieu, il convient d'aller au-delà du langage — quelquefois rebutant — et du style. Le langage et le style sont révélateurs de la pensée d'un auteur. Mais si nous avions entendu rester dans l'étude d'Hauriou à la surface de certaines formules prononcées rapidement « à l'emporte-pièce », nous aurions conservé de cet auteur l'image traditionnelle et partiellement inexacte d'une sorte de prophète vengeur, d'oracle lançant des éclairs, en un mot l'image d'un illuminé. Nous n'aurions pu découvrir le système d'interprétation caché qui forme la trame — quelquefois inconsciente mais très réelle — des développements du Doyen de Toulouse. Nous aurions cru sur parole M. Eisenmann qui a cru devoir identifier les concepts d'exécution d'office et d'exécution forcée.*

e) *En cinquième lieu, une fois dégagées les constantes de la pensée d'un auteur, il faut se garder de les figer et de les opposer brutalement, sommairement à d'autres pensées. Lorsque, par exemple, nous avons comparé les deux pensées de Duguit et d'Hauriou, nous avons découvert à quel point, en certaines matières, elles paraissent proches. Le but fondamental des deux pensées est de trouver le système qui permette de renverser une certaine Ecole du droit public, l'Ecole de la Herrschaft, cette double et identique hostilité à l'Ecole allemande. Dans l'esprit moyen des publicistes de notre temps, un des clivages fondamentaux des doctrines administratives (et constitutionnelles) se situe entre Duguit et Hauriou, entre Toulouse et Bordeaux. En réalité, il n'en est rien. S'il existe un clivage fondamental, nous croyons beaucoup plus devoir le trouver entre l'Ecole allemande et son principal héritier, Carré de Malberg, et l'Ecole française de Duguit et Hauriou, chacun d'eux étant animé par un certain idéal démocratique individualiste différent mais voisin (40).*

(40) Nous souhaitons pouvoir approfondir l'étude de ce clivage fondamental dans un futur ouvrage relatif à « La pensée philosophico-constitutionnelle de Maurice Hauriou ». Nous n'avons pas traité ici ce problème car il débordait nettement le cadre de cet ouvrage.

Si nous avons figé la pensée de ces deux auteurs dans certaines de leurs polémiques, nous aurions conservé une image de lutte sans merci, *vision essentiellement fausse*.

f) *De façon plus générale encore, nous croyons, à la suite de Maurice Hauriou qui a toujours eu du réel une image très complexe, aux bienfaits de la méthode pluraliste.* La multiplicité des approches, leur étroite combinaison — dosée de façon très différente selon les problèmes — constitue le seul moyen de ne pas « manquer » une partie du réel (41).

Vu,

Le Président de la thèse :

J. RIVERO.

Vu,

*Le Doyen de la Faculté de Droit
et des Sciences Economiques
de Paris :*

G. VEDEL.

Vu et permis d'imprimer,

Le Recteur de l'Académie de Paris :

J. ROCHE.

(41) Ce qui permet l'objectivité (on ne peut embrasser une réalité humaine que par l'amour). C'est peut-être la méthode, phénoménologie qui permet la synthèse de l'amour et de l'objectivité. Ainsi que l'a écrit Maurice Hauriou à M. G. Gurvitch en 1928 : « La phénoménologie, voilà la philosophie qu'il fallait pour permettre aux sciences sociales de se fonder sur la méthode d'observation, car elle fonde l'objectivité des idées jusqu'à l'intérieur de la conscience humaine. Il y a vingt ans que j'affirme cette objectivité des idées et que je marche en conséquence » (cité par GURVITCH, in « L'idée du droit social », Paris, Sirey, 1932, p. 123, note 2.

BIBLIOGRAPHIE

On distinguera les ouvrages de Maurice Hauriou (I) (par ordre chronologique) des ouvrages intéressant directement l'étude de Maurice Hauriou (II) (par ordre alphabétique des auteurs).

I. — *Liste des ouvrages, brochures ou articles publiés par Maurice Hauriou.*

- 1876. « Du terme en droit romain et en droit français », Thèse de licence, Bordeaux, 1 vol., 68 p.
- 1879. « Etude sur la conditio. Des contrats à titre onéreux entre époux », Thèse de doctorat, Bordeaux, 1 vol., 184 p.
- 1881. « Boni viri arbitrium et clausula doli », Nouvelle Revue, Hist., 1881, pp. 99 à 114.
- 1882. « Origine de la corréalité », Nouvelle Revue historique, 1882, 24 p.
- 1882. « Quaterus verum sit venditorem non obligari ut rem faciat emptoris », composition d'agrégation, 1 broch. in-4°, Paris, Larose et Forcel.
- 1882. « De la conservation du privilège du vendeur d'immeubles », composition d'agrégation, 1 broch. in-4°, Paris, Larose et Forcel.
- 1884. « L'histoire externe du droit », revue critique de législation et de jurisprudence, 15 p.
- 1887. « Note sur l'influence exercée par les Institutes en matière de classification du droit », Revue critique de législation et de jurisprudence, 24 p.
- 1888. « Plan du cours de droit administratif, en ce qui concerne la théorie des patrimoines administratifs », br. Toulouse, 72 p.
- 1891. « Des services d'assistance », Revue d'économie politique, p. 615.
- 1892. « Etude sur la décentralisation administrative », br. in-8°, 62 p., Paris, Paul Dupont.
- 1892. « Précis de droit administratif », 1^{re} édition, 1 vol., 783 p., Paris, Larose et Forcel.
- 1893. « De la formation du droit administratif français depuis l'an VIII », broch., 34 p., Paris, Berger-Levrault.
- 1893. « Précis de droit administratif », 2^e édition, 1 vol., 759 p., Paris, Larose et Forcel.
- 1893. « Les facultés de droit et la sociologie », Revue générale de droit, 8 p.
- 1894. « Réponse à un docteur en droit sur la sociologie », Revue internationale de sociologie, 1894.
- 1894. « Danger des monopoles de fait établis par occupation de la voie publique », Revue du droit public, pp. 78 à 87.

1894. « La crise de la science sociale », *Revue du droit public*, pp. 294 à 321.
1895. « L'alternance des Moyen Age et des Renaissances », *Revue de métaphysique et de morale*, 22 p.
1896. « La science sociale traditionnelle », 1 vol., 432 p., Paris, Larose.
1896. « Les actions en indemnité contre l'Etat pour préjudices causés dans l'administration publique », *Revue du droit public*, pp. 51 à 65.
1897. « Précis de droit administratif », 3^e édition, 1 vol., 915 p., Paris, Larose.
1897. « Etude sur le droit administratif français », broch., 88 p., Paris, Paul Dupont.
1898. « De la personnalité comme élément de la réalité sociale », *Revue générale du droit*, pp. 1 à 23 et 119 à 140.
1899. « Leçons sur le mouvement social », broch., 176 p., Paris, Larose.
1900. « La gestion administrative », broch., 95 p., Paris, Larose.
1901. « Précis de droit administratif », 4^e édition, 1 vol., 896 p., Paris, Larose.
1901. « Création de salles de travail à la faculté de droit de Toulouse », *Revue internationale de l'enseignement*, pp. 547-558.
1902. « Duguit, l'Etat, le droit objectif et la loi positive », compte rendu en collaboration avec M. A. Mestre, *Revue du droit public*, t. XVII, pp. 346-366.
1903. « La force motrice des cours d'eau et le droit des riverains, en collaboration avec M. Ader », *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, pp. 507-531.
1903. « Recherches de jurisprudence sur les dépenses obligatoires », *Revue de législation financière*, 17 p.
1903. « La déclaration de volonté dans le droit administratif français », *Revue trimestrielle de droit civil*.
1903. « Précis de droit administratif », 5^e édition, 880 p., Paris, Larose.
1903. « Rapport au ministre de l'agriculture au nom de la commission extra-parlementaire chargée d'étudier un projet de loi sur les forces hydrauliques (en collaboration avec L. Michoud », reproduit dans l'année administrative de 1903).
1904. « L'année administrative », en collaboration avec MM. Jèze et Rabany.
1905. « Les éléments du contentieux », *Recueil de législation de Toulouse*, pp. 1 à 98 et 1908, pp. 149 à 191.
1906. « L'Institution et le droit statutaire », *Recueil de législation de Toulouse*, pp. 134 à 182.
1906. « Principes de la loi de 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat », broch. 80 p., Paris, Larose et Tenin.
1907. « Précis de droit administratif », 6^e édition, 915 p., Paris, Larose et Tenin.
1907. « Du rôle de la prescription acquisitive en matière de propriété industrielle », *Revue « La défense de la propriété industrielle »*, pp. 1 à 19.
1909. « Le point de vue de l'ordre et de l'équilibre », broch. 86 p., extrait du *Recueil de législation de Toulouse*.
1910. « Principes de droit public », 1^{re} édition, 1 vol. 734 p., Paris, Larose et Tenin.
1911. « Précis de droit administratif », 7^e édition, 1 vol., 1010 p., Paris, Larose et Tenin.
1911. « Les idées de M. Duguit », *Recueil de législation de Toulouse*, pp. 1 à 40.
1912. « La souveraineté nationale », 1 vol. 156 p., Paris, Librairie du Recueil Sirey.
1912. « Les deux réalismes », *Recueil de législation de Toulouse*, 10 p.
1913. « Les conditions extérieures du développement du recours pour excès de pouvoir », Saint-Petersbourg, 13 pages.
1914. « Précis de droit administratif », 8^e édition, 1 vol., Paris, Larose et Tenin.

1916. « Principes de droit public », 2^e édition, 1 vol. 828 p., Paris, Larose et Tenin.
1916. « L'arrêt Gaz de Bordeaux », Rev. politique et parlementaire.
1917. « Notice sur les œuvres de Léon Michoud », broch. 54 p., Grenoble, Allier frères.
1918. « La critique des principes de droit public », Harward Law Review, pp. 813 à 821.
1919. « Précis de droit administratif », 9^e édition, 1099 p., Paris, Librairie du Recueil Sirey.
1921. « Précis de droit administratif », 10^e édition, 1 vol. 942 p., Paris, Librairie du Recueil Sirey.
1923. « Précis de droit constitutionnel », 1 vol. 741 p., Paris, Librairie du Recueil Sirey.
1923. « La liberté politique et la personnalité morale de l'Etat », Revue trimestrielle de droit civil, pp. 331 à 346.
1925. « La théorie de l'Institution et de la fondation », Cahiers de la Nouvelle Journée, n° 4, pp. 1 à 5.
1925. « Précis élémentaire de droit constitutionnel », Paris, Librairie du Recueil Sirey.
1926. « Précis élémentaire de droit administratif », Paris, Librairie du Recueil Sirey.
1926. « La théorie du risque imprévisible et les contrats influencés par les institutions sociales », Revista de Derecho Privado, pp. 1 à 13.
1926. « Police juridique et fond du droit », broch. 52 p. Paris, Librairie du Recueil Sirey.
1927. « Précis de droit administratif », 11^e édition, 1 vol. 1068 p., Paris, Librairie du Recueil Sirey.
1927. « L'ordre social, la justice et le droit », Rev. trimestrielle de droit civil, pp. 795 à 825.
1928. « Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes », Revue de métaphysique et de morale, pp. 193 à 206.
1929. « Précis de droit constitutionnel », 2^e édition, 1 vol. 759 p., Paris, Librairie du Recueil Sirey.
1929. « De la répétition des précédents judiciaires à la règle de droit coutumière », Cahiers de la nouvelle journée, n° 15, pp. 109 à 115.
1929. « Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'Etat et du tribunal des conflits », publiées au Recueil Sirey, de 1892 à 1929 (370 notes), 3 volumes de 743, 764 et 846 p., Paris, Librairie du Recueil Sirey.

Il faut ajouter des manuscrits inédits :

- « Introduction à l'étude du droit. »
- « Lettres à Jacques Chevallier. »
- « Lettre au rédacteur en chef d'un journal inconnu. »
- « Critiques sur la thèse de M. Rigaud », et observations.

II. — *Liste des ouvrages intéressant directement ou indirectement l'étude de la pensée administrative de Maurice Hauriou*
(par ordre alphabétique)

ALLETZ : « Dictionnaire de la police moderne ».

ARRIGHI : « Hauriou commentateur des arrêts du Conseil d'Etat in Livre jubilaire du Conseil d'Etat, p. 34.

- AUBY et DRAGO : « Traité de contentieux administratif ».
- AUCOC : « Conférences ».
- BANDRILLARD : « Traité général des eaux et forêts ».
- BARKHAUSEN : « Remarques sur la théorie du domaine », *in* *Revue critique de législation* (1884).
- BASTID (P.) : « Un juriste pamphlétaire, Cormenin, précurseur et constituant de 1848 », Hachette (1948).
— « Les institutions politiques et la monarchie parlementaire française ».
- BERLIA : « L'œuvre juridique de Gerando », R.D.P. 1942, p. 285.
- BERTHÉLEMY : « Traité élémentaire de droit administratif ».
— « Défense de quelques vieux principes », *in* *Mélanges Hauriou*.
- BERTRAND (Louis) : « Edouard Laferrière », E.D.C.E. 1956.
- BONNEAU : « Contribution jurisprudentielle à l'essor du référé administratif », R.P.D.A., octobre 1957.
- BOUCHERIE-LEFER : « Droit public et administratif ».
- BREMOND : « Des actes de gouvernement », R.D.P., 1896, t. 1, p. 23.
- BRETHER DE LA GRESSAYE : « L'institution », *in* *Répertoire Dalloz, Droit civil*, tome II, p. 10710.
- CHARLIER : « Le service public industriel et commercial », J.C.P. 1953.
— « Cours de doctorat 1960-1961 et 1961-1962 (non polycopié) ».
- CORMENIN : « Questions de droit administratif ».
- CHAPUS : « Responsabilité publique et responsabilité privée ».
— « L'acte de gouvernement, monstre ou victime », D. 1958, chron. II, p. 5.
- CHAUVEAU : « Principes de compétence administrative ».
— « Programme de droit administratif », 1838.
- CHEVALLIER (J.-J.) : « Les grandes œuvres politiques de Machiavel à nos jours ».
— « Cours polycopié d' Histoire des idées politiques ».
- Congrès DUGUIT : « Diverses contributions *in* *Revue juridique et politique du Sud-Ouest* », 1959.
- DARESTE : « Juridiction administrative ».
- DAVENNE : « Recueil méthodique des lois et règlements sur la voirie ».
- DELVOLVÉ : « Les délégations de matières en droit public », Thèse Toulouse, 1930.
- DESPOUE : « L'entreprise et le droit », Thèse Toulouse, 1957.
- DI QUALE : « Arrêt du 17 avril 1963, D. 1963, p. 689 » (note).
- Discours de la cérémonie d'inauguration du monument élevé à M. Hauriou, le 22 avril 1931 (Plaquette Sirey).
- DUBOIS (Louis) : « La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative ».
- DUCROCQ : « Cours de droit administratif ».
— « Traité des édifices publics. »
- DUFOUR : « Traité général de droit administratif appliqué ».
- DUGUIT : « Traité de droit constitutionnel ».
— « Les transformations du droit public. »
- DUVERGER : « L'affectation des immeubles domaniaux aux services publics ».
— « Méthodes des sciences sociales. »
— « Cours de doctorat (non polycopié) 1959-1960, 1960-1961 sur « Droite et gauche en France. »
— « Institutions politiques et droit constitutionnel. »
- EISENMANN : « Cours de droit administratif (Doctorat 1953-1954) ».

- « Cours de doctorat 1956-1957. »
- FOUCART : « Eléments de droit public et administratif », 1834.
- DE FONT-REAUX : « Le référé administratif », R.P.D.A., 1956, n° 1 et 2.
- FOURNIER (Jacques) : « Maurice Hauriou arrêliste », E.D.C.E. 1957, p. 158.
- GABOLDE : « Pour un véritable référé administratif », D. 1949.
— « Les nouveaux pouvoirs du juge administratif et le sursis à exécution », D. 1953, chron. p. 189.
- GENY : « Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif », 1919.
— Mélanges Gény : A. Hauriou, « De l'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé », p. 92.
- GERANDO : « Institutes ».
- GROS : « Survivance de la raison d'Etat », Thèse, Paris, 1932.
- GURVITCH : « Les idées maîtresses de Maurice Hauriou in Archives de philosophie du droit », n° 1 et 2, 1931.
- HAURIOU (André) : « Le pouvoir discrétionnaire et sa justification », Mélanges Carré de Malberg, p. 233.
— « Cours de droit constitutionnel étranger 1961-1962. »
— « Droit constitutionnel et Institutions politiques », 1966.
- HÉBRAUD (P.) : « Conférence devant des candidats à l'agrégation de droit privé », 1961 (encore inédit).
- IHERING : « L'esprit du droit romain ».
- JANSSE : « Les traits principaux du régime des biens du domaine public ».
- JÉANNEAU (B.) : « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative ».
- JELLINEK : « Allgemeines Staatslehre ».
— « L'Etat moderne et son droit. »
- JÈZE : « Principes généraux de droit administratif ».
- JOSSERAND : « L'esprit des droits ».
- KELSEN : « Aperçu d'une théorie générale de l'Etat ».
— « Haut problem der Staatsrechtlehre. »
- LABAND : « Droit public de l'Empire allemand ».
- LACHARRIÈRE : « Cormenin, politique du pamphlétaire et fondateur du droit administratif », R.D.P. 1961, pp. 31 et 333 (*idem*, L.G.D.J. 1941, préface Bonnard).
— « Manuel de droit constitutionnel. »
— « Cours de droit public et administratif », 1839.
- LATOURNERIE : « Sur un Lazare juridique ; bulletin de santé de la notion de service public ; agonie, convalescence ou jouvence », E.D.C.E. 1960, p. 61.
- DE LAUBADÈRE : « Domanialité publique, propriété administrative et affectation », R.D.P. 1950, p. 5.
— « Note sous « Distillerie de Magnac-Laval », D. 1958.730.
— « Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs », R.D.P. 1954, p. 36.
— « Traité de droit administratif » (1963).
- LAVAU : « Du caractère non suspensif du recours devant les juridictions administratives », R.D.P. 1956, p. 71.
- LONG, WEIL et BRAIBANT : « Les grands arrêts de la jurisprudence administrative ».
- MACAREL : « Ateliers dangereux ».
- MACAREL et BOULITAGNIER : « Tableau de la fortune publique en France ».
- MAROGER : « L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs ».

MARTIN DE LA MOUTE : « L'acte unilatéral en droit privé », Thèse, Toulouse, 1951.

MAURY : « Cours à l'Académie de droit international » (1936).

MAZEAUD : « Traité de droit civil ».

MESTRE : « Note sous arrêt Gros, 2 mars 1929, S. 1929, III, p. 129 ».

— « Cours de droit administratif polycopié », 1934-1935, 1943-1944 et doctorat 1929 et 1933.

— « Evolution du droit administratif de 1869 à 1919 », in Bulletin de la Société de législation comparée, n°s 7-12.

MICHOUD : « Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration », Annales université de Grenoble, t. XXV, n° 3, 1913 et t. XXVI, n° 1.

— « Des actes de gouvernement », Brochure Grenoble, 1889.

— « De la responsabilité de l'Etat à raison de la faute de ses agents. »

— « De la responsabilité des communes à raison des fautes de leurs agents. »

NIZARD (Lucien) : « La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la légalité ».

ODENT : « Contentieux administratif ».

PEQUIGNOT : « Théorie générale du contrat administratif ».

PERRIQUET : « Contrats de l'Etat ».

PRÉLOT : « Précis de droit constitutionnel ».

— « Autour de la théorie de l'institution », in « Cahiers de la nouvelle journée », 1931, p. 205 et s.

— « La théorie de l'institution et la technique juridique » (supplément à l'ouvrage de Maurice Blondel « Le problème de la philosophie catholique »).

— « La science politique », Que sais-je ? (des aperçus très féconds sur la théorie de l'institution, *passim*).

— « Droit administratif », cours de Droit, 1947, 1948, 1949.

— « Droit administratif approfondi : Les buts et les modes de l'exercice du pouvoir administratif. »

PROUD'HON : « Traité du domaine public ».

RAYNOUARD : « Histoire du droit municipal ».

DE RECY (René) : « Traité du domaine public ».

RENARD : « La théorie de l'institution ».

RIVERO : Mélanges Mestre « Hauriou et l'avènement de la notion de service public », p. 491.

— « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », in R.D.P. 1953.

— « Les mesures d'ordre intérieur administratives », Thèse, Paris, 1934.

— « Précis de droit administratif », 1962.

— « Cours de droit administratif comparé » (Doctorat 1956-1957)

— « Le Huron au Palais-Royal », D. 1962, chron. p. 37.

ROUSSET : « L'idée de puissance publique en droit administratif », 1960.

SALEILLES : « Leçons sur la personnalité morale », 1910.

SERRIGNY : « Traité de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative ».

— « Traité de droit public ».

SFEZ (Lucien) : « Une survivance : Le règlement d'administration publique ? » (in « Etudes de droit public », 1964).

SFEZ (Marcel) : « La responsabilité du fait des choses dans la jurisprudence administrative, Thèse, Paris, 1956.

SIXMA VAN HEEMSTRA : « De staatssapvatting Van Hauriou » (Thèse, Leyde 1954 Den Haag, Druk A. Sigthoff).

TROLLEY : « Cours de droit administratif ».

- TROTABAS : Mélanges Hauriou « La nature juridique du contentieux fiscal en droit français », p. 711.
- « Des utilisations du domaine public par les particuliers. »
- VEDEL : « Essai sur la notion de cause en droit administratif français ».
- « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein », J.C.P. 1948.I.602.
 - « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », J.C.P. 1950.I.851.
 - « Les bases constitutionnelles du droit administratif », E.D.C.E. 1954, p. 21.
 - « Droit constitutionnel », 1961-1962 (polycopié).
 - « Manuel de droit administratif », 1962.
- VIDAL : « Batbie et les débuts de l'organisation scientifique du droit administratif », R.D.P. 1950.I.804.
- VIRALLY : « L'introuvable acte de gouvernement », R.D.P. 1952.317.
- WALINE : « Les mutations domaniales », Thèse, Paris, 1928, note R.D.P. 1953, p. 727.
- « Les idées maîtresses de deux grands publicistes français » : Léon Duguit et Maurice Hauriou, année politique, mars 1926, p. 55.
 - « Traité de droit administratif » (1963).
 - Note sous « Dehaene », 7-2-1950, R.D.P. 1950, p. 691.
- WEIL : Note sous Ville de Nice, A.J.D.A. 1956, II, p. 267.
- WELTER (H.) : « Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative ».

Table des Matières

INTRODUCTION	1
<i>Section I.</i> — Les difficultés de la recherche	3
§ 1. Les difficultés générales	4
§ 2. Les difficultés propres à la pensée d'Hauriou	5
<i>Section II.</i> — Les idées philosophiques et constitutionnelles d'Hauriou ..	7
§ 1. L'universelle contradiction	10
§ 2. Les solutions des contradictions	15
§ 3. La solution par excellence	18
§ 4. Les conséquences de cette philosophie en droit public général	22
§ 5. Les conséquences en droit constitutionnel	38
A. — Critique de la théorie juridique de la délégation	39
B. — Les équilibres du régime représentatif	43
C. — La séparation des pouvoirs gouvernementaux	45
<i>Section III.</i> — Esquisse d'une histoire de la doctrine administrative	49
§ 1. La période d'élaboration secrète (1800-1818)	51
§ 2. La période de divulgation (1818-1860)	52
§ 3. La période d'organisation (1860-1887)	55
§ 4. Quatrième période : « Conservation, progrès, simplification » (1887-1927)	58
<i>Section IV.</i> — Biographie et portrait de Maurice Hauriou	66
Plan	74

PREMIÈRE PARTIE

LE CONTENU DE LA PENSÉE ADMINISTRATIVE DE MAURICE HAURIOU	77
CHAPITRE PREMIER. — <i>Les thèmes majeurs : les contrepoids</i>	81
A. — Les données constitutionnelles de la puissance publique	81
B. — Les données administratives de la puissance publique	84

<i>Section I. — Le principe : la théorie globale du contrepois : l'institution</i>	86
§ 1. L'essence de l'institution	88
§ 2. Le droit disciplinaire	91
§ 3. Le droit statutaire	92
§ 4. L'institution et la personnalité juridique	98
<i>Section II. — Les applications du principe</i>	101
§ 1. La police juridique	102
A. — Contrepois à la loi	102
B. — Police juridique et droit administratif	105
§ 2. La décentralisation	108
A. — Les conceptions classiques de la décentralisation	109
B. — Les approches nouvelles du problème	116
§ 3. La moralité administrative	120
CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER	125
CHAPITRE II. — <i>Les chapitres majeurs</i>	127
<i>Section I. — La décision exécutoire</i>	128
§ 1. La définition	128
§ 2. La décision exécutoire et la distinction des actes d'autorité et de gestion	130
§ 3. La décision exécutoire et la liaison du contentieux	132
<i>Section II. — Le service public</i>	134
§ 1. La défense initiale du service public. Premier temps : 1892	136
§ 2. L'accent sur les moyens. Second temps : 1897	137
§ 3. La nouvelle défense du service public. Troisième temps : 1899	138
§ 4. Le nouvel accent sur les moyens. Quatrième temps : 1921-1927	142
<i>Section III. — La responsabilité administrative</i>	145
§ 1. La théorie civiliste de la faute (1892-1897)	147
§ 2. La défense de la théorie du risque (1897-1905)	149
§ 3. La théorie de la faute administrative (1905-1927)	153
<i>Section IV. — Le domaine public</i>	156
§ 1. Fondement de la domanialité publique	156
§ 2. Le critère du domaine public	159
§ 3. Les droits réels administratifs	161
<i>Section V. — La Fonction publique</i>	165
§ 1. La Fonction publique dépendance domaniale	166
§ 2. L'hostilité aux thèses contractuelles	170
CONCLUSION DU CHAPITRE II	175
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	176

DEUXIÈME PARTIE

LA DEMARCHE INTELLECTUELLE DE LA PENSÉE ADMINISTRATIVE DE MAURICE HAURIU .. 177

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. — <i>La prédilection pour la sociologie</i>	181
A. — Quelques cas révélateurs d'utilisation de la science administrative	182
B. — Fondement de l'utilisation de la science administrative	186

CHAPITRE PREMIER. — <i>Le système d'interprétation</i>	189
<i>Section I. — Le droit privé et l'histoire du droit</i>	193
<i>Sous-section I. — Le droit privé</i>	194
§ 1. L'approche privatiste du droit administratif	194
§ 2. L'utilisation directe des principes privatistes	201
A. — L'incapacité des personnes publiques	201
B. — La théorie de l'abus de droit	203
§ 3. L'utilisation d'un droit privé modifié	205
A. — Le droit civil	205
B. — Le droit pénal	207
<i>Sous-section II. — L'histoire du droit</i>	211
§ 1. L'attachement à l'explication historique	211
A. — L'histoire globale du droit administratif	215
B. — L'utilisation de l'histoire dans des chapitres particuliers	218
§ 2. Le droit romain	224
A. — Influence exercée par les institutes en matière de classification du droit administratif	225
B. — L'utilisation du formalisme romain	227
C. — La contribution du droit romain à la théorie de la responsabilité	228
<i>Section II. — Le droit constitutionnel et la science politique</i>	231
<i>Sous-section I. — L'application du droit constitutionnel à des matières mixtes par nature</i>	232
§ 1. La primauté de l'exécutif	233
§ 2. L'exécutif et la loi	235
§ 3. L'exécutif et l'acte administratif	240
A. — La distinction de la fonction gouvernementale et de la fonction administrative et l'acte de gouvernement	240
B. — Une théorie particulière : Le règlement d'administration publique	245
§ 5. Les services économiques municipaux	249
<i>Sous-section II. — L'application du droit constitutionnel à des matières purement administratives</i>	251
§ 1. La responsabilité	252
A. — Les bases constitutionnelles de la faute de service	252
B. — La théorie de la garantie administrative des fonctionnaires ..	254
C. — Le préjudice anormal	256
§ 2. Le recours contre les actes des assemblées délibérantes	259
<i>Section III. — Technique et fondement d'utilisation de ces disciplines</i> ..	261
<i>Sous-section I. — Technique d'utilisation de ces disciplines : les ponts interdisciplinaires</i>	262
§ 1. La multiplicité des méthodes	263
A. — Les fonctions	263
B. — Les techniques	265
C. — Combinaison des techniques et des fonctions	268
§ 2. Les thèses médianes	271
<i>Sous-section II. — Fondement de l'utilisation multi-disciplinaire : la recherche de l'équilibre</i>	275
§ 1. Les équilibres sociaux	276
§ 2. Les équilibres juridiques	280
CONCLUSION DU CHAPITRE II	283

CHAPITRE II. — <i>La caractéristique mineure : l'intuition</i>	285
Section I. — Les visions	288
§ 1. Les visions globales	289
A. — La théorie des trois âges	289
B. — La théorie des principes généraux du droit	290
C. — La prophétie sur l'Etat nouveau	293
§ 2. Les visions partielles	294
A. — Exemples de visions exactes	295
B. — Les fausses prophéties	300
Section II. — Les pressentiments	305
§ 1. Le respect des droits des particuliers	306
A. — L'élargissement et l'unification du contentieux	306
B. — La fin des actes discrétionnaires	311
§ 2. La responsabilité	313
A. — La préfiguration de la jurisprudence Tomaso Greco	313
B. — Le problème des remèdes au mauvais vouloir de l'adminis- tration	315
C. — La préfiguration de la jurisprudence relative aux compagnies gazières concessionnaires	317
Section III. — Les inductions	319
§ 1. L'ordre social	320
A. — L'hostilité de l'ordre social individualiste au socialisme	320
B. — L'hostilité de l'ordre social à la guerre privée	321
C. — Pour une société mutualiste	322
D. — La morale universelle de l'ordre social individualiste	323
E. — L'ordre social et la philosophie des intérêts locaux	324
§ 2. La théorie de la responsabilité	326
§ 3. Le domaine public	329
A. — Le droit de propriété des communes sur l'herbe des accote- ments des chemins vicinaux	329
B. — Les droits réels administratifs	330
C. — Les mutations domaniales	331
CONCLUSION DU CHAPITRE II	333
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE	334

TROISIÈME PARTIE

LA DIFFUSION DE LA PENSÉE ADMINISTRATIVE D'HAURIU	337
CHAPITRE PREMIER. — <i>La diffusion de la pensée administrative de Maurice Hauriou dans la doctrine</i>	333
Section préliminaire. — L'utilisation directe des analyses de Maurice Hauriou	345
§ 1. Achille Mestre	345
A. — La coloration générale	346
B. — Les analyses particulières	352
§ 2. Le professeur André Hauriou	355
Section I. — La diffusion des théories générales	363
Sous-section I. — La personnalité morale	363
§ 1. Le désaccord de Duguit	364

§ 2. Le désaccord de Michoud	367
A. — L'approche générale est trop subjective	368
B. — Les nuances à la définition de Michoud	368
§ 3. La théorie de la personnalité morale et la doctrine contemporaine ..	371
<i>Sous-section II. — Le problème de l'autonomie du droit administratif</i>	372
§ 1. Le désaccord de Duguit	372
§ 2. Le problème de l'autonomie du droit administratif dans la doctrine contemporaine	377
<i>Sous-section III. — Les bases constitutionnelles du droit administratif</i>	378
§ 1. L'analyse de M. Vedel	378
§ 2. L'analyse de M. Rivero	383
<i>Sous-section IV. — Le service public et la puissance publique</i>	384
§ 1. Le désaccord de Duguit	385
§ 2. L'accord actuel de la doctrine	391
<i>Sous-section V. — Les catégories fonctionnelles</i>	394
<i>Sous-section VI. — La moralité administrative</i>	399
§ 1. L'accord de M. Welter et de M. le Doyen Trotabas	400
A. — La thèse de M. Welter	400
B. — La contribution de M. Trotabas	401
§ 2. Le désaccord de M. Waline	402
<i>Section II. — La diffusion des analyses particulières</i>	405
<i>Sous-section I. — La décision exécutoire</i>	406
§ 1. Bref rappel de la définition d'Hauriou	406
§ 2. La définition de M. Vedel	406
§ 3. La définition de M. Rivero	409
§ 4. L'hostilité de M. Eisenmann	410
A. — La critique de M. Eisenmann	411
B. — Critique de deux critiques fondamentales	414
C. — Critique des différentes critiques partielles	420
D. — Conclusion	428
<i>Sous-section II. — La Fonction publique</i>	429
§ 1. La conception générale de la Fonction publique	429
§ 2. La nature du lien rattachant le fonctionnaire à l'administration ..	432
§ 3. La théorie de la Fonction publique dans la doctrine contempo- raine	434
<i>Sous-section III. — La domanialité publique</i>	435
§ 1. Le fondement	435
§ 2. Le critère de la domanialité publique	438
§ 3. Les droits réels administratifs	439
§ 4. La doctrine contemporaine	440
<i>Sous-section IV. — Les contrats administratifs</i>	444
<i>Sous-section V. — La théorie de la responsabilité</i>	447
<i>Sous-section VI. — L'acte de gouvernement</i>	450
§ 1. Le désaccord de Duguit	450
§ 2. Le désaccord de Michoud	456
§ 3. L'acte de gouvernement dans la doctrine	458
<i>Sous-section VII. — La théorie de la voie de fait et de l'exécution forcée</i>	460

<i>Sous-section VIII. — La théorie de la cause</i>	462
<i>Sous-section IX. — Les mesures d'ordre intérieur</i>	466
<i>Sous-section X. — Les délégations de matières</i>	470
CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER	472
CHAPITRE II. — <i>La diffusion de la pensée d'Hauriou dans la jurisprudence</i>	481
Section I. — Le désintéressement quasi officiel du Conseil d'Etat à l'égard de la doctrine	482
§ 1. Formes et modalités de ce désintéressement	482
§ 2. Les raisons avouées (et inavouées) de ce désintéressement	485
§ 3. Les raisons particulières à Maurice Hauriou	487
Section II. — La réplique de M. Rivero	489
§ 1. La thèse de M. Rivero	489
§ 2. L'application de cette thèse à nos recherches	491
Section III. — Les rares cas d'influence certaine	492
§ 1. Maurice Hauriou et l'avènement de la notion de service public	492
§ 2. La nature juridique de la concession de service public	494
CONCLUSION DU CHAPITRE II	497
CONCLUSION DE LA TROISIÈME PARTIE	498
CONCLUSION GÉNÉRALE	501
§ unique : Pour un développement de l'histoire des doctrines administratives	501
BIBLIOGRAPHIE	507

LIBRAIRIE GÉNÉRALE
DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
Paris -- 1055
Dépôt légal : 1^{er} Trimestre 1966

Printed
in
France

IMPRIMERIE R. VANÇON
77, rue du Cardinal-Lemoine
PARIS (5^e)
N° 172 21-3-66

